
Ordalías modernas: El juicio penal

Trial by ordeals modern: The criminal trial

*Miguel Zamora-Acevedo**

Resumen:

Se analiza la forma en que se deciden los jueces en el juicio, mostrando una visión altamente inquisitiva de sus decisiones. El objetivo es mostrar la ambigüedad en la interpretación de los institutos que se aplican. Para ello, se utilizan ocho ejemplos, que tienen como resultado mostrar los vestigios inquisitivos del juicio penal actual.

Palabras clave: JUICIO PENAL - JUICIOS DE DIOS - INQUISICIÓN - PRINCIPIOS - NORMAS PROCESALES.

* Máster en Sociología Jurídico Penal, Universidad de Barcelona, Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona y Génova, Profesor universitario Universidad Autónoma de Centro América, defensor público, juez de juicio, juez de apelación de la sentencia penal en materia penal de adultos. San José, Costa Rica. Correo electrónico: jzamora@profuaca.ac.cr

Abstract:

The way in which judges are decided in the trial is analyzed, showing a highly inquisitive view of their decisions. The aim is to show the ambiguity in the interpretation of the institutes that are applied. To this end, eight examples are used, which have the result of showing the inquisitive vestiges of the current criminal trial.

Keywords: CRIMINAL JUDGMENT - JUDGMENTS OF GOD - INQUISITION - PRINCIPLES - PROCEDURAL RULES.

Sumario: 1. Aporías introductorias. 2. El proceso Inquisitorial, breve introducción. 3. Las ordalías o juicios de Dios. 4. Parecidos de familia: Procesos, procedimiento, juicio. 5. Cambios de rumbo. Vestigios inquisitoriales en el juicio penal. 6. Reflexiones finales. 7. Referencias

Sus crímenes son tan grandes que superan los pecados de los malos ángeles. ¿Si ello es así a nivel de falta, por qué no ha ser así por lo que hace al castigo infernal? ¹
Mallus Maleficarum.

Si los dioses son artífices de la actividad humana, la tarea de narrarla es un deber sagrado, y solo puede realizarse siendo fiel a las intenciones divinas. Pero si la actividad humana es responsabilidad exclusiva de los hombres, no se requiere de autoridad referencial para narrarla, analizarla, interpretarla².
Immanuel Wallerstein

1. Aporías introductorias

Primero, reparo en dos motivos errados -a mi criterio- del juicio penal, pero que constituyen su fundamento principal, tomando en consideración que el sistema procesal vigente, es de tendencia marcadamente acusatoria. El primer problema -que a su vez- se bifurca en dos funciones desacertadas; Uno; que afirma que el cometido del juzgador es la de impartir justicia, por lo cual, se hace innecesario la obligación de imponerle mayores limitaciones en las labores investigativas a los jueces; Dos, porque al ser un mandato de ley, la búsqueda de la verdad en el proceso penal, la garantía de tal indagación, se deriva de la posición de ser un observador privilegiado por la imparcialidad del enjuiciador.

El segundo motivo equivocado -y que es peor- está en la forma del desarrollo del proceso y las amplias facultades oficiosas. Donde casi se hace redundante un ente acusador, por las vastas capacidades investigativas de los juzgadores: Por ejemplo, pueden interrogar, lo cual solo se explica cómo una razón para condenar, porque si el juez tuviese dudas, la consecuencia sería la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Pueden buscar pruebas basados en las sacrosantas ideas de los principios de la verdad real antes

1 (Sprenger & Kramer, 2004, p. 185)

2 (Wallerstein, 2013, p.97)

indicado, por encima del criterio del órgano acusador, inclusive le es lícito reabrir el debate cuando se requiera nueva prueba. Todo ello facultado por la normativa penal avalada y casi bendecida de constitucionalidad por el máximo tribunal en materia penal: La Sala Tercera (votos 727-05, 394-06, 1275-06, entre otros).

Es decir, los dos cuestiones planteadas, expresas criterios prácticos inviables racionalmente (constituyen verdaderas aporías), porque sus fundamentos son de orden contra epistémicos, basados en ideales de indeterminados de justicia e imprecisión realista de lo sucedido.

Con ello el juicio oral y público moderno se convierte –haciendo una relación semejante– en un verdadero proceso inquisitorial, de ahí la analogía del título en la presente investigación. Queda por ver las implicaciones de tales motivos y sus consecuencias prácticas que se evidencian en jurisprudencia referenciada.

2. El proceso inquisitorial, breve introducción

El término inquisición proviene del latín *inquisitio*, y significa investigar, sacar a la luz. Por ello tiene dos aplicaciones muy particulares; Primero, se utiliza para nombrar un procedimiento, y segundo funciona para referirse a diferentes instituciones que en la Edad Media creó la Iglesia Católica para combatir las desviaciones de la fe (Pérsico, 2008, p. 8).

Como institución judicial, la inquisición fue establecida por la sede apostólica en la Edad Media, con el objetivo de ubicar, enjuiciar y condenar a las individuos infractores de herejía; Según el derecho canónico “Si alguien después de haber recibido el bautismo, aun conservando el nombre de cristiano, niega con obstinación o pone en duda algunas de las verdades de la fe divina que hay que creer, este católico es hereje” (Pérsico, 2008, p.10).

Algunos ejemplos de donde pueden provenir esas herejías, lo brindan el libro Anales de la Inquisición de Genaro del Valle (1834), mediante ellos, se puede hacer una idea del movimiento, entre los ejemplos que citan se encuentran el alumbradismo, las proposiciones heréticas, blasfemias, etc.

En el año 1119, en respuesta al renacimiento “de la herejía de forma organizada, se produjo en el sur de Francia un cambio de opinión dirigida de forma destacada contra la doctrina albigena (cátaros). La doctrina y práctica albigena parecían nocivas respecto al matrimonio y otras instituciones de la sociedad y, tras los más débiles esfuerzos de sus predecesores, el papa Inocencio III, promulga a la bula llamada *Vergentis in Senium*” (Pérsico, 2008, p. 28), mediante la cual organizó una cruzada contra esta comunidad (Monjes del Císter) y su excomunión (Huertas, De Miguel, & Sánchez, 2004, p. 82).

Empero, estos intentos fueron definitivamente improductivos. Por lo que el proceso inquisitorial en sí no se estableció hasta 1231, con los estatutos *Excommunicamus* del Papa Gregorio IX. Con ellos, el Papa sometió la responsabilidad de los prelados en materia de ortodoxia, dominó a los inquisidores bajo la jurisdicción del papado e instituyó rigurosos castigos, incluido la quema en la hoguera, establecida por el emperador Federico II, para los herejes y conocida como la *animadversio debita* (Huertas, De Miguel, & Sánchez, 2004, p. 94).

El proceso en sí comenzaba cuando los inquisidores se instauraban por un tiempo determinado en alguna villa o población céntrica del lugar que inspeccionaban, desde donde proclamaban mandatos requiriendo que todo culpable de herejía se manifestara por propia voluntad o daba algunas antecedentes de cómo descubrir a un hereje. “En el edicto de fe se establecía un plazo para que todo aquél que conociera algún detalle que señalara a u hereje lo comunicara en secreto al inquisidor o a sus ayudantes. Quien lo hiciera. Incurriría en delito de encubrimiento y podría ser procesado” (Pérsico, 2008, p.126). Una especie de invitación a la denuncias anónimas (actualmente, se tramitan denuncias al Centro de Información Confidencial).

Algunas veces, al acusado se confería un periodo de gracia de un mes o cuarenta días para realizar esta confesión espontánea, incluso por situaciones especiales, llegaba a ser de nueve días; Sin embargo, el verdadero proceso inquisitorial llegaba o empezaba después. “Si los inquisidores decidían procesar a una persona sospechosa de herejía, el prelado del sospechoso publicaba el requerimiento judicial” (Pérsico, 2008, p. 131).

Una vez pasado el periodo del edicto, la inquisición buscaba a aquellos que se negaban a obedecer los requerimientos, y no se les concedía derecho de asilo. Los acusados recibían una declaración de cargos contra ellos, entonces se confeccionaba el sumario (Huertas, De Miguel, & Sánchez, 2004, p. 200). En algunos años se permitía las denuncias anónimas, pero después se abolió. Durante el interrogatorio, los acusados estaban obligados bajo juramento a responder de todos los cargos que existían contra ellos (Eymerich, 1821, p. 4), convirtiéndose así en sus propios acusadores. El testimonio de dos testigos se consideraba por lo general prueba de culpabilidad por herejía. Establece el Manual de Eymeric “En rigor, dos testigos bastan para fallar en sentencia definitiva contra el herege” (sic) (Eymerich, 1821, p. 11).

Posteriormente se pasa a la fase probatoria, que no es sino prueba testimonial. El acusado podía confesar en cualquier momento, en cuyo caso se pasa directamente a la sentencia. Sin embargo, sino confesaba se pasa a la etapa de pruebas, entre la cuales está la tortura, el tormento in *caput alienum* (Pérsico, 2008, p. 156). Este castigo, tenía una doble función: confesar su pecado, y obligar a delatar a sus cómplices.

Las sentencias cuando eran absolutorias, se comunicaban en privado al acusado, pero cuando se condenaba, se leía en público (Pérsico, 2008, p.159). Las sanciones para los confesos y culpables se pronunciaban al mismo tiempo en una ceremonia pública al final de todo el proceso.

Dentro de las sanciones, podían consistir en una peregrinación, un suplicio público, una multa o cargar con una cruz. Para los casos más graves las penas eran la confiscación de propiedades o el encarcelamiento y la pena más severa que los inquisidores podían imponer era la de prisión perpetua (Pérsico, 2008, 161) y la muerte. En casos en casos en los cuales la condena no era de muerte, se le permitía retractarse, lo cual se conoce como abjuración, que servía en alguna forma de indulgencia al condenado.

3. Las ordalías o juicios de Dios

Con las invasiones bárbaras, en cuyos datos podríamos citar el año 476, periodo en el cual el caudillo ostrogodo Odoacro, destituye a Rómulo Augústulo (Huertas, De Miguel, & Sánchez,

2004, p.22), último rey del Imperio Romano de Occidente, se va conquistando Occidente hacia los pueblos bárbaros, por lo que dichos pueblos trasladaron consigo sus tradiciones, formas de organización, religiones, etc, lo cual ocasionó una serie de cambios sociales, económicos y políticos en las áreas geográficas que correspondían al Impero Romano.

También las experiencias jurídicas no fueron excepción, entre ellas las ordalías. Las cuales en verdad no corresponden a alguna forma de valoración probatoria, sino una forma de resolución de los conflictos, porque en ellas “ya no existe actividad alguna de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria, porque no aparece actividad probatoria en realidad” (Nieva Fenoll, 2010, p. 41), es en sí, el juicio, lo que decide por se, la decisión sobre lo acusado.

No obstante, en la doctrina procesalista de la prueba se le acostumbra analizar como una forma de valoración probatoria, tanto así que se podría definir la ordalía en sentido amplio, como “cualquier experimento gnoseológico-místico donde se halla postulado un orden oculto en el mundo diagnosticable mediante distintas vías” (Cordero, citado por Gascón-Abellán, 2004, p. 12).

El tratadista español Jordi Nieva (2010), instruye sobre las ordalías sosteniendo que dicha palabra, proviene del verbo “erteilen”, que significa conceder u otorgar, lo que vincularía semánticamente esta palabra con vocablos de otras lenguas indoeuropeas como “dispositif”, “dispositivo”, “dispositiva”, que significan “fallo” respectivamente en francés, italiano y catalán. (...) En lengua alemana, el sistema designado se conoce como “Gottesurteil”, es decir, juicio de dios, lo que hace que esta última traducción, aunque pueda parecer anticuada, sea verdaderamente la más correcta.” (p. 42), y de paso constituye la noción más difundida por la doctrina. Tal vez, eso a llegado a que muchos, -incluido Taruffo- a sostener que las ordalías se transformaron en “el sistema probatorio más común, tanto para las controversias penales como para las civiles.” (Taruffo, 2010, p.15).

Las razones históricas de este acontecimiento pueden ser estudiadas desde diversas perspectivas, sin embargo, para los fines del presente trabajo, se basan en las líneas históricas. Para ellas, reside en la conversión de los pueblos llamados bárbaros, a la

religión católica, pues solo la Iglesia Católica “trató de preservar la herencia de la cultura y civilización clásica” (Huertas, De Miguel, & Sánchez, 2004, p.23), como consecuencia, y como forma de una amalgama entre lo religioso y lo jurídico, las discutas planteadas con expresión religiosa, se les confirió de la más alta autoridad.

Por ello los medios de prueba utilizados como las ordalías “eran comúnmente llamados “juicios de Dios” pues se fundaban, como premisa, en la convicción de que Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba, haciendo evidente la inocencia o la culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas.” (Taruffo,2010 pp. 15-16).

Resulta interesante la visión que brinda Foucault sobre las ordalías, para quien estos procedimientos consistían en una lucha por su propio cuerpo, para comprobar si era capaz de vencer o fracasar (Foucault, 2005, p.72), es – sigue refiriendo el autor francés- una batalla para saber quien es el más fuerte, por lo que no es una forma de averiguación de la verdad, sino más bien de una especie de juego de estructura binaria (p.73). Si el sujeto no acepta someterse a la ordalía pierde el proceso; Si se somete al proceso y hay prueba vence o fracase, igual no hay otra oportunidad.

Así las cosas, las ordalías son un buen ejemplo de las serias confusiones imperantes en la época entre delito y pecado (Cf. Pérsico, 2008, 93), lo cual tuvo como consecuencia práctica que las comprobaciones epistémicas de las soluciones de los procesos, se basarán un ideal místico e incluso en muchas veces de carácter mágico (cfr. Nieva Fenoll, El origen de la justicia, 2023, p.123).

Se aclara que, no se trata de juzgar las formas procesales probatorias primitivas, mediante los conocimientos actuales, ya que ello tiene su explicación, en razón de que las ideas, al igual que el conocimiento son propio de su época y de las más diversas variables, entre las cuales esta el factor religioso.

Algunos otros autores, como Taruffo, (2010) conserva una visión distinta, pues sostiene en alguna forma, la “racionalidad” en sentido amplísimo de dichas prácticas, en el tanto manifestaban a una serie de preceptos socialmente aceptados; así indica que,

“los procedimientos para la celebración de las ordalías estaban regulados de forma específica y muy detallada, de modo que su observancia puntual aseguraba la validez de la prueba y también, la justicia y la aceptación de su resultado” (p. 16).

Como se puede deducir, las ideas del profesor italiano más bien se refieren a una razón cultural más que de racionalidad, porque el contexto de la vida cotidiana de la época se encontraba sometida por la sangre y por la violencia, y por el lado dogmático, estaba absorto en un mundo religioso-místico y de creencias bárbaras. Por lo que, (...) podía parecer profundamente justificada la convicción de que la divinidad debiera cumplir un rol importante en la determinación del curso de la vida de los seres humanos (ibídem).

Actualmente el paradigma de la racionalidad jurídica, sostiene precisamente todo lo contrario a esa época, pues se entiende por tal, el producto de un “proceso de secularización que postula la separación entre las ideas de delito y pecado, de pena y penitencia” (Tarello, citado por Gascón-Abellán, 2004, p.12), o por medio de un razonamiento intersubjetivamente controlable (Haba, 2012, 202).

4. Parecidos de familia: procesos, procedimiento, juicio

El debate es considerado no solo la etapa principal, sino la más importante del proceso penal, porque es donde se pretende resolver o definir el conflicto entre las partes, mediante la evacuación de la prueba, valoradas por medio de un tercero imparcial; la persona juzgadora que terminará decidiendo el asunto.

Por eso, al pretender analizar las relaciones entre los juicios penales y la justicia, así como la verdad de la falsedad de los hechos socialmente relevantes, la ordalía tendría que ser el primer hilo conductor (Jacob 2017, p.15). Porque detrás de cada cadena de decisiones y su historia, se configura en un segundo plano, una relación de fuerzas que evolucionan durante el debate tendientes a la búsqueda de una verdad social: La recomposición del orden deseable de las cosas.

Tanto así, que el modelo a seguir, sirve para adoptar una cierta forma de resolver el conflicto, sea a favor de una de las partes o en el mejor de los casos, abriendo una perspectiva de resolución aleatoria.

Estos modelos de juicio se identifican con la ideología del sistema procesal. Así, puede llamársele inquisitorial, acusatorio, adversarial, etc. A cada uno de ellos, le corresponde formalmente una serie de lineamientos y recetas de cómo debe solucionar una disputa.

Desde un punto de vista normativista, existe una diferencia entre procedimiento, proceso y juicio, que, si bien podría descalificarse a primera vista, no es tarea inútil. Aparte de que, a través de su conocimiento, se denota la importancia de aspectos sensibles de la justicia penal, y conviene aclarar, desde ahora, el sentido de la expresión que, con mucha frecuencia, se maneja como sinónimos desde los estudios universitarios.

A esta idea, don Walter Antillón, le llama el paradigma de las normas (2012, pág. 114), según el cual, el proceso es algo que pertenece al mundo de las normas. La consecuencia de ello, es describir el proceso –en este caso penal- como se representa en los códigos y leyes, en cuyo caso, solo se tendría una borrosa imagen del fenómeno, y peor aún, dentro del deber ser. En cambio, en la práctica, muchas veces difiere de este deber ser.

En sí, procedimiento y proceso, se distinguen fundamentalmente en cuanto a su finalidad. El primero, se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo. En este sentido se dice del procedimiento, que es algo idóneo para alcanzar alguna finalidad, o para la elaboración de un objeto. El fin perseguido acá, no necesariamente habrá de ser, como el proceso, la resolución judicial de un conflicto sometido al conocimiento de alguna autoridad.

Por ejemplo, si existen vicios en el procedimiento, no necesariamente deben ser del proceso, como sería la falencia de algún requisito en algún procedimiento específico, como suele suceder ante la falta de testigo ajeno a la policía, para la realización de requisa que se realiza en lugares lejanos y en altas horas de la noche y en alta mar donde solo se encuentren los sospechosos y los agentes policiales.

La palabra proceso, deviene del Derecho Canónico y deriva de *procedere*, avanzar, caminar hacia delante. Y como elemento esencial, sólo puede disponerse por un miembro del Poder Judicial. Es en la función del juez, que tiene sentido hablar del proceso. En cuando al orden normativo, este deber de prestarse por el servicio judicial que impone la Constitución Política: “El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”.

Es decir, no corresponde a las personas hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, salvó los casos autorizados de auto tutela. En consecuencia, existe un derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera imparcial.

Por su parte, el titular del procedimiento, puede ser un órgano del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, del mismo Poder Judicial como ocurre, verbigracia, con el Ministerio Público, quien es el que conduce el procedimiento penal de investigación en los delitos de acción pública, o en el Poder Legislativo que preside el procedimiento para la declaratoria de procedencia de un juicio político relacionado con la inmunidad de los diputados.

En síntesis, entre procedimiento y proceso existe una relación de género a especie, incluso, algunos de estos procedimientos citados, pueden integrar un proceso penal, pero no son lo mismo.

Ahora bien, si se quisiera un concepto del proceso penal, se diría que es el conjunto de actos conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometido a su conocimiento en la realidad.

Aunque ese conflicto puede ser variado, necesariamente debe relacionarse principalmente con tres cuestiones a dirimir: ¿existe delito en el caso sometido a consideración? Y, en caso ser afirmativa la respuesta: ¿el acusado es penalmente responsable? Por último, de ser afirmativa ésta también, la persona juzgadora dispondrá a la imposición de las penas o medidas de seguridad que correspondan.

Por último, la expresión juicio, tiene diversas connotaciones. La primera de ellas, equivale a proceso. En este sentido se alude, por ejemplo, a que el juicio penal no podrá tener más de cinco instancias (Investigativa, Intermedia, Debate, Impugnación y Ejecución); La segunda, referido al juicio que se instruye por determinado delito; La tercera, tiene el significado del expediente del juzgado, es decir, de los documentos mismos en que constan las actuaciones del proceso.

Empero, la acepción más importante, es la que entiende el juicio como el acto del juez, que sucede al realizar el análisis y subsunción de los hechos de la causa, a la luz de la totalidad de los elementos de prueba aportados al proceso, la normativa aplicable y que es anterior al dictado de la sentencia. Ésta es la visión que sirve de paradigma comparativo de la ordalía y el juicio penal actual.

En definitiva, el juicio es el convencimiento a la que llega el juez, luego de examinar los hechos sometidos a su conocimiento, enlazando a ese análisis con las pruebas evacuadas en el proceso y las normas aplicables, tanto sustantivas como procesales.

Es en ese momento intelectual, cuando se afirma que el juez se queda solo, con la ley, su reflexión y su “conciencia” (Muguerza, 1994).

La doctrina procesalista de la materia, al respecto indica: “El proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad, la ley sustantiva” (Vélez Mariconde, 1969, págs. 114-115).

Otros autores como Julio Maier afirman que es una rama jurídica que en la actualidad ha adquirido “autonomía legislativa, científica y académica”. Autonomía legislativa porque en la mayoría de países se separa en diversos cuerpos de leyes al derecho material y al derecho procesal y divide a ambos en dos ramas principales, la penal y la civil (aunque existen autores que hablan de la teoría unitaria del derecho procesal). Autonomía científica porque posee principios y máximas propios del derecho

procesal, delimita y afirma su propio objeto y función frente a la materia penal. Autonomía académica, porque se tradujo en un alejamiento del derecho penal, que aunque es su razón de ser, en ocasiones se acerca más al derecho procesal civil, aunque sus principios sean muy diferentes (cfr. Maier, 1999, p. 75).

El objeto del derecho procesal penal es, por un lado, disciplinar los actos jurídicos que integran el procedimiento para llegar eventualmente a una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él y sus efectos jurídicos, y, por el otro, instituir y organizar los órganos públicos que cumplen la función penal del Estado (ibid., p. 80).

Así, el principal contenido del derecho procesal penal, usualmente se divide en dos ramas internas muy conectadas entre sí: el Derecho de organización judicial y el Derecho procesal penal, propiamente dicho o en sentido estricto.

El derecho procesal penal no se agota en la disciplina de la actividad del Estado tendiente a dar solución a conflictos sociales que pretenden la aplicación de la ley penal, comprende también la regulación de ciertas actividades que cumple el Estado cuando decide aplicar una pena o medida de seguridad penal.

La ejecución penal en sí no pertenece tradicionalmente al derecho procesal penal, pero en la medida en que la ley penal requiera decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal, el derecho procesal penal debe prever el tribunal competente para ello, el procedimiento para llegar a esa decisión y su medio de impugnación. La ejecución penal está contemplada en nuestro Código Procesal Penal a partir del artículo 476 CPP y regula tanto la forma en que el condenado podrá ejercer los derechos que tiene, la competencia y las atribuciones de los jueces de ejecución de la pena.

La función del derecho procesal penal puede ser vista en un sentido político o material como el fin social que cumple dentro del orden jurídico de un Estado; o ser visto en un sentido formal, como la estructura formal y conceptual de las reglas, cómo ellas cumplen la función material que se les adjudica.

Ernst Beling –citado por Maier- define la necesidad de la existencia del derecho procesal penal al afirmar que “El Derecho penal no le toca al delincuente ni un solo pelo” (Maier, p. 84); el Derecho Penal solo define el injusto penal, amenaza con la imposición de una pena, pero no provee a su propia realización.

El derecho procesal penal es el que ante la existencia en el mundo real de un injusto, indica el camino (serie de actos) necesarios para averiguar el contenido de verdad de esa afirmación y disponer la reacción concreta correspondiente (pena o medida de seguridad). De allí que afirma este autor, el derecho procesal penal es el que se enfrenta con las personas de carne y hueso, el que está más cerca del drama humano real (ibidem).

Se puede deducir que, la función del derecho adjetivo en comento, es regular la serie de procedimientos mediante los cuales se verifican determinan y realizan las pretensiones penales estatales definidas por el Derecho Penal. Se dice así que el derecho procesal penal es auxiliar del derecho penal, sin cuya existencia es imposible pensar en el derecho procesal penal, pues éste es la realización del derecho penal (Maier, 1999, p. 85).

Por la función material, el derecho procesal penal sirve para prevalecer por sobre la venganza privada en manos del ofendido o sus parientes y para la recomposición de la paz y seguridad jurídica.

Por la función formal, las normas del Derecho procesal penal son normas potestativas, disciplinan los actos que integran necesaria o eventualmente un procedimiento, disponiendo sobre el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado.

El carácter instrumental del derecho procesal penal, está dirigido a que no puede imponerse una pena sin que se haya realizado previamente un proceso (Llobet Rodríguez, 2005, pág. 18). Si bien no puede haber pena sin proceso, puede haber proceso sin delito, puesto que la realización de un proceso penal no implica que se haya cometido un delito y que el responsable sea el imputado.

Precisamente el proceso se da para averiguar si se llevó a cabo un delito y determinar en caso afirmativo el responsable del mismo. Por esto es que la afirmación de que el fin del proceso penal sea la determinación y realización del poder punitivo estatal, no está falta de problemas, ya que podría creerse que el sobreseimiento o absolutoria de un imputado al que no se le comprueba le culpabilidad, no es un fin del proceso penal. El proceso penal tiene por fin también evitar que sea condenado un inocente.

Si bien el fin del proceso penal es la garantía de un proceso conforme a los lineamientos de un Estado de derecho, no significa que el derecho procesal penal no tenga sus propios fines. El derecho procesal penal es Derecho Constitucional aplicado, ya que no se puede, por ejemplo, buscar la verdad material a cualquier precio, sino que debe realizarse dentro de formas que garanticen los derechos de los participantes en el juicio.

Cuando se afirma que el Proceso penal persigue la averiguación de la verdad material, puede conllevar el problema de caer en graves excesos en la investigación, por lo que Winfried Hassemer sostiene que en el proceso penal se busca en definitiva la verdad formalizada. Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, "la verdad forense" (Llobet Rodríguez, 2005, p. 25).

5. Cambios de rumbo

El proceso penal en Costa Rica actual, ha soportado diversas modificaciones. La primera transformación se dio a partir de la Ley No. 5377 del 19 de Octubre de 1973, Código de Procedimientos Penales. Con esta reforma se deja atrás el Código de 1910, ya que éste había entrado en abierta contradicción con la Constitución Política de 1949, fruto de la revolución socialdemócrata y su catálogo de garantías procesales y penales, que no eran eficaces en el tanto que se continuaba con una ley procesal anterior, que no respondía con los nuevos postulados constitucionales.

Con la ley de 1910 era difícil conciliar el debido proceso (art. 39 de la Constitución Política) o la prohibición de tratos crueles o inhumanos (art. 40 *ibíd*), con un sistema que solo contaba con

una policía administrativa encargada de la investigación de los delitos, un procedimiento criminal totalmente inquisitivo y acostumbrado a condenar al imputado con base en las confesiones obtenidas durante la investigación policial.

El sistema de indagación criminal del código de 1910 era formalmente mixto, pero la práctica y procedimiento lo habían transformado en inquisitivo. Un ejemplo que llegó a conocerse en la Sala Constitucional, es el caso contra José León Sánchez.

Esto, en razón del procedimiento de revisión de sentencia que presentara el condenado ante la Sala Tercera, (Voto 1278-99), y dentro de dicho proceso, el tribunal revisor hiciera consulta de constitucionalidad, mediante la cual, se estableció algunos parámetros.

Uno de ellos, es sobre la competencia de la Sala Constitucional, siendo que el hecho delictivo ocurrió el 13 de mayo de 1950, conocido como el Crimen de La Basílica, cuya sentencia de segunda instancia fue dictada por la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las 16:15 horas del 21 de octubre de 1955.

Empero, para analizar la violación al debido proceso legal, sobre las reglas procesales de la época, como lo fueron: 1). Estar en completo estado de indefensión, al no nombrársele un defensor técnico; 2) No se le notificó las resoluciones judiciales, 3). Tampoco se le permitió acceder al expediente para preparar su defensa, etc.

La Sala Constitucional entró a conocer porque si bien no existía la jurisdicción constitucional y las reglas procesales eran las vigentes en la época, estaba en vigor la Constitución Política actual, y con base en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y en especial, con relación al contenido del debido proceso definido en las sentencias de esta jurisdicción números 1739-92 y 4784-93, era admisible entrar a conocer el tema.

En el recurso de revisión, la parte recurrente estima que el Tribunal sentenciador violentó el principio del debido proceso y el derecho de defensa por considerar que:

- a) la detención, decomiso, incomunicación y demás actuaciones policiales que realizó la Dirección General de Detectives el día de los hechos, trece de mayo de mil novecientos cincuenta, son absolutamente nulos, toda vez que dicho órgano policial fue creado mediante Decreto Ejecutivo número 3, publicado en La Gaceta número 263 del diecinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, por lo que, su existencia anterior era ilegal al no tener respaldo jurídico alguno; en todo caso, no se le concedía potestad alguna de secuestro, decomiso, allanamiento, reconocimiento, incomunicación e interrogatorio de detenidos, y sus miembros se encontraban sometidos al Juez competente del caso para su actuación, extremo que nunca se dio;
- b) que al acusado "... jamás se le nombró defensor y que, a pesar de que se le permitió defenderse personalmente..." no se le concedió acceso al expediente para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia;
- c) el reo declaró a las quince horas del nueve de junio de mil novecientos cincuenta en la Escuela Militar de Guadalupe, "... sin que se le advirtiera por qué se le recibía ni qué pruebas existían en su perjuicio, después de haber sido torturado y obligado a escribir de su puño y letra su declaración...",
- d) a pesar de que el expediente en que se tramitaba la causa se encontraba bajo sanción del secreto sumarial, el fiscal de Cartago no sufría los efectos de tal decisión, con lo que se estableció una discriminación inconstitucional, pues al acusado ni siquiera se le permitió tener acceso al mismo a pesar de haberlo solicitado en varias oportunidades;
- e) al acusado no se le notificó de la totalidad de las resoluciones, y en lo que se refiere al auto de prisión y enjuiciamiento, así como las sentencias de primera y segunda instancias, sólo se le puso en conocimiento de la parte dispositiva;
- f) al iniciarse el proceso, se llevó al expediente una serie de pruebas sin que se le concediera audiencia al defensor ni al procesado, irrespetándose de esa forma el debido proceso;
- g) A quien considera el verdadero autor del hecho -Roberto Figueredo Lora- rindió una declaración en la casa presidencial, protegido por su amigo Otilio Ulate Blanco, lo que provocó que la investigación se parcializara contra José León, a quien se califica de "chivo expiatorio";

- i) el careo ordenado por el Licenciado Hugo Porter -Juez Primero Penal de San José- entre Figueredo y José León es totalmente nulo, pues aquel funcionario no estaba facultado para hacerlo por no ser el juez competente, y, además no estaba obligado a comparecer;
- j) la pena impuesta se basó en los antecedentes delictivos que el mismo ostentaba cuando era menor de edad, esta certificación no podía ser tomada en cuenta;
- k) a pesar de que no medió recurso de apelación del Ministerio Público -sólo de la defensa- la Sala Segunda Penal aumentó en quince años la pena a José León. (Voto 5347-98)

De todas las anteriores objeciones al proceso, la Sala Constitucional indicó como violatorias al debido proceso las siguientes:

- a) Negarle, el derecho al imputado de acceder al expediente para impugnar una resolución;
- b) El no cumplimiento del principio de la no reforma en perjuicio (non reformatio in peius);
- c) Tomar en consideración los antecedentes delictivos de una persona, por hechos cometidos durante su minoridad, para la fijación de la pena;
- d) si la confesión se produce ante un juez, quien fiscaliza que esta sea otorgada de manera libre y voluntaria, y como acto defensivo, ello no viola el debido proceso, por el contrario, si ésta es el producto de la tortura deviene en ilícita y no puede de manera alguna fundamentar una resolución judicial. (Cf. voto 5347-98)

Así, se deduce que entre sus principales características de un proceso inquisitivo están: Investigación secreta; predominaba la escritura; se admitía el juicio en rebeldía; no existe una diferencia entre las funciones del juez con las funciones del acusador, motivo por el cual la indagatoria del imputado se realizaba tratando de que él reconociera su culpabilidad; la intervención del defensor se toleraba en etapas muy avanzadas; en caso de que el imputado no tuviera medios para satisfacer los honorarios de su abogado, debía contentarse con un defensor de oficio que le asistía por caridad o por imposición del Colegio de Abogados; las pruebas se recibían de espaldas al imputado y el imputado casi siempre se enteraba de que existía un proceso en su contra cuando ya había sido condenado a descontar una pena de prisión.

Enrique Castillo citado por Armijo al respecto, indicó: “la investigación fue secreta incluso para el propio imputado; a menudo no se le informaba sobre los cargos que se le hacían. Indefenso, convertido en objeto y no en sujeto del proceso, al amparo del secreto, el procesado fue víctima frecuente de la tortura como medio para arrancar la confesión” (Armijo, 1997, p. 12).

Con la reforma de 1973, se introduce un proceso más humano, influenciado sobre todo por la presunción de inocencia y el desarrollo instrumental del debido proceso, el principio de oficialidad, el de verdad real y el de inviolabilidad de la defensa.

Este código es el resultado del discurso de los Derechos Humanos y de la concepción del hombre como persona, que generó en Iberoamérica una respuesta jurídica procesal, específicamente con la Convención Americana sobre Derechos humanos, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969.

Se buscaba un equilibrio entre las diversas partes procesales: entre el legítimo interés del Estado en perseguir al delincuente y el deber de garantizar la protección de los derechos fundamentales del imputado, consagrados en las Convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.

Así, surge el diseño de un sistema procesal penal que tiene como principal finalidad el respeto por las “*garantías constitucionales*”. (Armijo, 1997, págs. 3-9) Se buscó la igualdad de las partes, la legitimidad de las pruebas, el derecho al silencio, y a contar desde que se señala como sospechoso con una apropiada defensa técnica. Se buscó que las partes tuvieran la posibilidad de fiscalizar la actividad jurisdiccional, a través no solo de los recursos ordinarios (apelación y revocatoria) y extraordinarios (casación y revisión), sino de establecer un amplio espectro de nulidades que permitan dejar sin efecto los actos que vulneran la recta observación de las garantías que en abstracto consagran las Constituciones Políticas (cfr. Creus, 1992, p. 39).

Pese a todas las ventajas apuntadas, con la reforma de 1973 los plazos se entienden ordenatorios y no perentorios, lo que trae como resultado largos procesos escritos, frente a escasas horas de juicio oral. La nulidad por la nulidad se extiende y el proceso se convierte en un fin en sí mismo.

La participación de la defensa es limitada, cuando de proponer prueba se trata ya que depende del criterio del instructor si debe o no practicarse. En la investigación, el sistema le impone al juzgador una doble función: por un lado como garante de los derechos constitucionales del imputado y por otro, determinar si existe la posibilidad de que haya incurrido en el hecho que le imputa el Ministerio Público.

En este sentido don Daniel González (1994) mencionó que ciertamente la llegada del Código de Procedimientos Penales de 1973 representó un avance con respecto al Código de Procedimientos Penales de 1910, pero no es menos cierto que cada vez este era menos garantista (p. 69).

Con el establecimiento de la Sala Constitucional se empieza a recurrir y la Sala, como el más alto tribunal garante constitucional de los derechos de los habitantes de la República, introduce múltiples modificaciones al Código de Procedimientos Penales. Entre ellas: se suprime algunos límites artificiales como el que el defensor no pueda leer el expediente antes de que el imputado sea indagado (11752-04); se establece la forma apropiada de entender el debido proceso (1739-92); se establecen las nulidades como última ratio y sólo para cuando se deban enfrentar las violaciones al orden constitucional.

Otra transformación en orden de importancia, tiene lugar con el Código Procesal Penal de 1996, que está inspirado en el respeto de los derechos de las personas, sea este imputado o víctima. En consecuencia se le da mayor participación a la víctima dentro del proceso y el juez debe limitarse a controlar las posibles vulneraciones constitucionales en que puedan incurrir las partes; a éstas se les devuelve el control de la investigación.

Las principales características de esta última transformación son: se establece un procedimiento preparatorio a cargo del Ministerio Público, donde la policía judicial le está subordinada. La acción penal será pública o privada y su ejecución corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima.

Se establecen los criterios de oportunidad reglados y por ende, la posibilidad de que el Ministerio Público prescinda de la

persecución penal en los delitos de bagatela y otros. No obstante lo anterior, deberá someter su decisión al juez, luego de dar audiencia a la víctima quien tiene la posibilidad de seguir con la acusación bajo patrocinio letrado. Se elimina la figura del juez instructor. Se acogen los criterios de la Sala Constitucional sobre la ilicitud de la prueba y debido proceso.

En cuanto al fin del Derecho procesal penal el artículo 7 del Código Procesal Penal señala: “Solución del conflicto. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”. De manera que, ahora, la importancia del proceso se inclina hacia los principales intervinientes y no tanto, hacia el interés estatal.

Al respecto Fernando Cruz indicó que la base fundamental de la transformación del proceso es la de resolver conflictos y dar soluciones reales; por ejemplo, muchas veces la víctima prefiere como solución realista al problema, una indemnización inmediata más que la aplicación de una pena (Cruz Castro, 1994, p. 50).

Otra transformación se dio al establecer el procedimiento expedito de juzgamientos en flagrancia, ello mediante ley número 8720, sobre protección a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal del 4 de marzo del 2009.

Interesantes las ideas que fundamentaron dicha reforma, entre ellas, se puede citar:

“El presente proyecto de ley busca actualizar diversos instrumentos normativos e institucionales que permitan una más eficaz lucha contra la criminalidad, respetando los principios de un Estado de derecho.

En primer término se procura generar un balance a favor de las víctimas del delito mediante la promulgación de un conjunto de derechos y garantías a su favor y creando las condiciones favorables para que tanto víctimas como testigos colaboren con las autoridades policiales y judiciales en el esclarecimiento

de los hechos delictivos. Se propone también un conjunto de normas que les permitan al Estado y a la sociedad hacer frente a la criminalidad organizada, la cual no solamente genera en sí misma graves repercusiones al Estado de derecho, así como a la estabilidad social y política de una sociedad, sino que repercute de manera negativa en la seguridad de los habitantes del país.

El proyecto, además, atiende algunos factores de riesgo asociados a la seguridad ciudadana como lo son las armas de fuego, instrumento cada vez más utilizado por los criminales para cometer sus fechorías, y causantes de más del 50% de las muertes violentas en el país. Igualmente, se atienden temas relativos a la política migratoria del país que han venido generando circunstancias propicias al ingreso y permanencia de extranjeros en el país con intenciones o expedientes criminales.

Se incorporan también alternativas de ley dirigidas a brindar un mayor protagonismo de las municipalidades en la prevención de la violencia, mediante la creación, regulación y financiación de las policías municipales. Asimismo, se normalizan algunos aspectos que han garantizado mayores niveles de seguridad en los barrios del país como lo son los dispositivos de regulación de paso o “agujas”.

Finalmente, el proyecto atiende aspectos puntuales, pero igualmente urgentes para mejorar el clima de seguridad del país, como lo son las regulaciones que minimicen la figura del sicariato en el país, la receptación de bienes robados y la administración de los bienes decomisados al crimen organizado”. (Asamblea Legislativa, 2008).

Esta justificación del proyecto es una clara manifestación de ingenuidad; Pretender mediante el deber ser, sea un mandato normativo, un cambio de mentalidad en los sujetos, por medio de la amenaza de coacción estatal.

La última transformación de gran relieve se tuvo con la implementación de la reforma recursiva mediante la ley de creación del recurso de apelación de sentencia, ley número 8837 del 3 de mayo del 2010. Esta reforma vino a instaurar un nuevo modelo recursivo aunque que con iguales o peores circunstancias para la parte acusada.

Curiosamente el código procesal anterior, fue el que eliminó la apelación de sentencia que contenía el código de 1910. La cual –como recurso– vuelve nuevamente.

Hasta acá, una breve sinopsis para llegar al proceso penal actual. Calificado de mixto moderno y evolucionado a partir de las ideas del Código Modelo para Iberoamérica, sobre decir, de tendencia garantista.

6. Vestigios inquisitoriales en el juicio penal

Una vez observado el proceso inquisitivo y la referencia actual al sistema procesal penal, queda por ver, si algunos rasgos de la inquisición se han receptado en el juicio penal. Siendo afirmativa la respuesta, se procede a enunciar los ejemplos, concurriendo algunos más claros que otros, pero en la práctica, igualmente inquisitivos.

a. Una práctica muy común de carácter inquisitorial es el reconocimiento en las salas de juicio, especialmente su forma de aplicación en la práctica.

El reconocimiento de personas es un medio probatorio para individualizar a una persona, o como mínimo, establecer que quien la refiere, la ha observado o la conoce.

Es considerado un acto definitivo e irreproducible (Llobet Rodríguez, 2017, pág. 377) y está previsto como una de las excepciones a la oralidad. Esto es, se puede incorporar al debate mediante su lectura (art 334. B CPP).

En este medio probatorio el imputado es objeto de prueba (actos que requieren de una colaboración pasiva del imputado) y se puede practicar tanto en la etapa preparatoria como en el juicio

oral. Empero, cuando se desnaturaliza su función pasa a ser sujeto de prueba (participación activa) y, por ende, aplica el derecho de abstención. Por ejemplo, cuando se pide realizar movimientos, gestos, o mostrar partes no visibles del cuerpo. Estos constituyen participación activan ante lo cual, no está obligado a realizarlo. Es decir, el imputado no puede ser compelido a producir prueba en su contra.

La Sala Constitucional ha validado la tesis del objeto de prueba "...pues se considera que el derecho de no inculparse no se extiende a esos límites, y se trata, además, (...) de pruebas no lesivas de la dignidad o salud del examinado. Este tipo de pruebas, no son fines en sí mismas, y están sujetas al principio de contradicción ante la autoridad competente, de tal forma que es ante ésta que, con asistencia letrada, se establece el contradictorio con ejercicio pleno del derecho de defensa y sus derivados. (Sala Constitucional, voto 6966-00, de las 14:48 horas del 9 de agosto de 2000).

En lo que interesa, en la etapa de juicio, le concierne al Tribunal de Juicio permitirlo o no, pues es usual los "señalamientos en sala", sea de forma espontánea o mediante interrogatorio de alguna de las partes, especialmente del ente fiscal o incluso de algunos jueces.

Este "señalamiento en sala" no es técnicamente lo mismo que un reconocimiento judicial, pero tiene los mismos efectos y así los valoran los jueces según las reglas de sana crítica. En este sentido ver voto 377-99 de Sala Tercera, en cuanto el reconocimiento en juicio, se afirma que si bien no es propiamente un reconocimiento judicial, puede ser tomado en cuenta por el juzgador en virtud de la libertad de la prueba. Respecto a cómo debe valorarse ese señalamiento en sala, la jurisprudencia indica que es una prueba más que debe valorarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (ver voto 662-2000 de 10:45 horas de 16 de junio del 2000, Sala Tercera).

En este caso, dicha práctica entra en claro conflicto con el principio de intermediación y derecho de defensa de la parte acusada, al provocar su inasistencia por temor a que se le inculpe por los señalamientos espontáneos.

La norma que regula la intermediación, también permite a la parte inculpada la posibilidad de alejarse de la audiencia con el permiso del tribunal. Y de seguido, en una redacción confusa indica la misma norma que “solo en caso de que la acusación sea ampliada, quien presida la audiencia, lo hará comparecer...”

En este caso, a entenderse que el imputado tiene actos procesales en los cuales necesariamente debe estar y en otros casos no. Así, debe estar presente desde el comienzo de la audiencia de juicio o apertura a debate (art. 341CPP); Desde la apertura hasta que se realiza la etapa de la identificación y de declaración. Es decir, desde que se inicia el debate, se lee la acusación, querrela y acción civil –si las hay- hasta el momento en que termina su declaración.

Después de ello, conforme sostiene la norma de la intermediación, si el imputado reúsa permanecer en la sala, será trasladado y custodiado en una sala próxima y el defensor asume la representación. Empero, ello aplicaría para los acusados detenidos (sea por medida cautelar o por estar en ejecución de alguna pena), para los inculcados en libertad de movimiento, tienen disponibilidad de alejarse de la sala.

Si fuera necesaria su presencia para la realización de alguna prueba o para algún acto o incidencia que requiera la presencia del acusado, se llamara para que se incorpore. Incluso la norma refiere a la posibilidad de realizar un reconocimiento (art. 328 par 3 CPP) pero, debe interpretarse restrictivamente. Sea, no se refiere al reconocimiento espontáneo cuando el acusado está solo en la sala de audiencia, sino en un reconocimiento conforme establece la normativa procesal (art 227 CPP y ss).

Normativamente también se garantiza la participación del imputado en el proceso. El artículo 12 del Código Procesal Penal, desarrolla de una de las garantías constitucionales principales pues dispone que “es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento”.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que a pesar que el garantismo permea al proceso actual, éste está diseñado para ser expedito. Empero, esto no significa que la defensa debe limitarse

a la posibilidad de interponer recursos, sino que se impone –en la forma de una verdadera exigencia- a utilizar el momento procesal que le brindan las audiencias orales para concretar su estrategia de defensa y hacer efectiva la defensa material.

En forma específica, la participación tiene estrecha relación con la inmediación. En este caso el art. 328 CPP, establece que el imputado, las partes y los jueces permanecerán en forma ininterrumpida en juicio para la reproducción de la prueba.

De seguido, si imputado después de su declaración desea ausentarse de la sala, puede hacerlo con permiso del Tribunal y, para los efectos, quedará representado por el defensor.

La anterior facultad es de suma importancia para analizar el derecho de defensa y las prácticas desleales de parte de la fiscalía y abusivas de parte del tribunal, cuando permiten interrogatorios de identificación de los acusados en juicio, con el timo de hacerlos ver como reconocimientos espontáneos. Por lo tanto, con el fin de evitar estas situaciones, se puede solicitar por el defensor o por el mismo imputado su ausencia temporal de la sala de juicios, y mínimo obligar con ello a que se realice un reconocimiento legal y con todos los requisitos durante la audiencia y evitar la “falacia de la inmediación” (Zamora, 2018, pág. 179)., lo cual es propio de los procesos inquisitoriales descritos al inicio.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia sigue teniendo mayoritariamente una visión totalmente inquisitiva y *contra legem*, al señalar que: “II. [...] no podría el Tribunal apartar o excluir de la sala a la persona que está siendo juzgada, cada vez que pueda tener contacto visual con alguno de los ofendidos de la causa, pues no solo el sindicado carece de un derecho a “no ser visto por los testigos” en el debate, sino que el mismo, necesariamente, debe realizarse con la presencia del acusado en todo momento como parte de su derecho a estar presente y participar en el proceso, salvo circunstancias excepcionalísimas, calificadas y normativamente sustentadas (ver en ese sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1226-2001, de las 9:50 hrs. 14 de diciembre de 2001, entre otros).”

b. Privacidad como regla y no como excepción

En cuanto al principio de publicidad, se indica su obligatoriedad, siendo la privacidad actos excepcionales. Se busca con ello que el imputado encuentre una tutela contra cualquier anormalidad o imparcialidad en las actuaciones de los jueces que puede ser controlada por la sociedad.

El juicio oral y público es un principio básico de los procesos penales modernos, que tiende al control de la actividad jurisdiccional por parte de la colectividad.

Desde el pensamiento liberal, Beccaria insistía en la necesidad de los juicios públicos, sosteniendo que: “sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las presiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos” (1988, p. 50).

Marat (2000) incluso es célebre por su frase “haced justicia en público” (p. 200) para criticar la búsqueda de la prueba en los procesos inquisitivos totalmente privados.

Este principio, busca que participe la opinión pública, y que ésta a su vez, implante una garantía a las demás garantías procesales. En efecto, la intermediación, concentración y oralidad no tiene razón de ser, si no hay contralor externo de la ejecución de cada uno de estos principios.

Las anteriores citas reflejan la contribución de lo público al proceso. Así, ninguna resolución construida con medios secretos puede ser equitativa. Tampoco permitirá cuestionarle, pues al desconocer las bases, no se podrá debatir. Esto lleva a la total desconfianza en el sistema penal.

En el ámbito internacional, este principio también es acogido por diversos instrumentos, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10 y 11.1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), Convención Americana sobre Derechos Humanos, (art. 8.5) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. xxvi), entre otros.

Es claro que si la administración de justicia, busca su legitimación, sus actuaciones deben ser públicas, para garantizar la transparencia de sus actos, bajo el halo del control de la opinión pública.

Sobre este principio, se distingue entre publicidad externa, concerniente a terceros, sea los ajenos al conflicto. Sería la publicidad sentido en amplio y tiende más a la idea de la legitimación social. La otra es la publicidad interna, que refiere a las partes del litigio y en esencia se relaciona con un proceso justo.

Por último, la publicidad es inmediata o mediata, sea que se asista en forma personal a la sala de audiencias, o sea que se realice mediante medios de información: prensa, radio, televisión, redes sociales, etc.

A pesar de que la norma (art. 330 CPP) establece que el juicio será público, este principio tiene sus excepciones, pudiendo el Tribunal ordenar que se haga privado en forma total o parcial cuando:

- 1.- Se afecte el pudor, la vida privada o la integridad física de algún interviniente.
- 2.- Se afecte gravemente la seguridad del Estado o intereses de la justicia.
- 3.- Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación sea punible.
- 4.- Esté previsto en norma específica.
- 5.- Inconveniente publicidad de la declaración de alguna persona, en especial en el caso de menores y delitos sexuales.
6. Se reciba declaración de víctimas y/o testigos de trata de personas.
7. Supuestos de víctimas y testigos protegidos.

Sin embargo, es común que los juicios por la simple razón de ser de carácter sexual o contra personas menores de edad, se imponga la privacidad de las actuaciones.

El otro gran problema de la publicidad se presenta en las restricciones horarias del proceso de flagrancia nocturna, en las cuales, en la práctica se realizan de forma privada; ya sea por

la hora de realización del juicio o por medio de restricciones administrativas que impiden el acceso público, como por ejemplo, en el edificio del Segundo Circuito Judicial de San José, donde la administración solicita como requisito de ingreso, haber realizado la solicitud previa, lo cual es un absurdo en procesos de flagrancia y de horario nocturno.

Si bien es cierto, la publicidad del juicio no es algo absoluto. Hay excepciones reconocidas por norma que lo establece. Sea, cualquier limitación al principio, opera por motivos de orden público debidamente reconocidas en una sociedad democrática.

Empero, no se trata de una concesión discrecional del tribunal, si no que, debe cumplir con algunos requisitos:

1. Previsión normativa. En este caso, la misma norma procesal establece en cuales supuestos, pero, además debe
2. Existir motivación. Al ser una restricción de derechos, debe existir razones que lo justifiquen. No es la simple presencia de la condición normativa, sino que debe, justificarse su empleo al caso concreto.
3. Coherencia con los supuestos establecidos. Esto es, aplicables a los supuestos, no al proceso que contiene tales supuestos.

También el Tribunal podrá imponer a las partes el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron en juicio.

Otras limitaciones se dan a la participación de los medios de comunicación en algunos casos y a las personas menores de doce años. Sin embargo, ello más bien es una restricción de acceso, no tanto a la publicidad, aunque lo uno, lleva a lo otro.

Como se observa, cada vez son más las posibilidades -normativas o prácticas- que tienden a un proceso cada más más alejado de la sociedad, siendo que, se busca que la excepción (privacidad), se vuelva la regla. Es decir, otra manifestación claramente autoritaria e inquisitiva.

1.3 Pruebas anticipadas.

La regla del juicio está en la exigencia de que la actividad probatoria se efectúe en el acto, sin embargo, la normativa admite pruebas anticipadas, cuya lógica no responde a la observancia de los principios de inmediación y concentración que prevalecen en el plenario, sino al principio de libertad probatoria, en cuanto supone que la prueba practicada mediante ciertos requisitos de ley, puede ser aceptada como excepción debidamente justificada.

Serían los casos en que exista imposibilidad de practicar la prueba en el acto del juicio y sea necesaria realizarla antes. Como primer supuesto, hace referencia a la prueba que, por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, se haya practicado con anticipación al debate, siguiendo las garantías procesales de los anticipos jurisdiccionales de prueba. En estos casos, se introduce en el juicio, mediante lectura o exposición del audio y video de la diligencia.

La prueba anticipada sería los actos definitivos e irreproducibles, que afecte derechos fundamentales. Que ameritan recibir declaraciones o testimonios de ofendidos o testigos que, por algún obstáculo difícil de superar, la complejidad del asunto, la existencia de alta probabilidad de olvido o en supuestos que presuman que no podrá recibirse durante el juicio, como los temas de extranjeros de pasos por el país.

También están los supuestos en que un ofendido, testigo o perito deba ausentarse del país, o los casos en que exista motivo fundado para temer su muerte o incapacidad que impida testificar: Para el caso de peritos, cuando haya peligro de pérdida o destrucción del objeto que deba ser analizado.

Como se denota, se trata de prueba realizada ex ante, cuyo supuestos –actos definitivos e irreproducibles –son de dos tipos, aunque no siempre identificables. Así, una cosa es la prueba anticipada y otra la prueba preconstituida.

La prueba anticipada es la que se practica en la etapa de juicio, pero antes de acordarse la apertura y se evacúa ante el propio Tribunal de juicio. Este es el supuesto del anticipo jurisdiccional de prueba en la fase de juicio, conforme al artículo 327 CPP, que establece: “El tribunal podrá ordenar que se reciba cualquier

prueba que sea urgente o que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse en el debate. os actos deberán cumplirse en la forma prevista para el anticipo jurisdiccional de prueba”.

Con ello, se le permite al órgano decisor, realizar actos investigativos que podrían comprometer su imparcialidad, asumiendo funciones claramente inquisitivas, en las cuales, en la mayoría de supuestos, se instrumentaliza al testigo o víctima, porque se busca su fin utilitario para con el proceso.

Por su parte, difiere la prueba pre constituida, la cual conforman los actos procesales practicados en la fase investigativa que, por ser imposible su desarrollo en juicio, se les establece eficacia probatoria cuando se realicen cumpliendo con las garantías establecidas para ello, como son, garantizar el principio de contradicción y derecho de defensa y ser ordenadas y realizadas por autoridad jurisdiccional.

1.4. Aceptación de las declaraciones prestadas por coimputados rebeldes o absueltos.

En cuanto a este punto, la normativa procesal no menciona a condenados, ni personas con soluciones alternativas pendientes de cumplimiento, ni sobreseídas. Solamente específica a coimputados rebeldes o absueltos. Anteriormente, con el Código de Procedimientos Penales (art. 385 C.P.P) disponía supuestos más amplios pues indicaba la posibilidad de ordenar la lectura de declaraciones prestadas por coimputados absueltos, condenados o prófugos si aparecían como partícipes del delito que se investigaba u otro conexo.

Resulta esencial recordar que la Sala Constitucional (votos 264-91 y 2480-97), estableció el derecho de abstención para los coimputados sentenciados. Sostuvo la Sala que cuando una persona que ha sido sentenciada en el mismo proceso, y le reciba declaración como testigo, debe advertírsele de que, aun así, debe decir verdad; Eso conlleva la obligación de hacer las advertencias de que pueden callar respecto a todo hecho que estimen puede conllevarles responsabilidad penal, aún en relación con la causa ya resuelta.

Se agrega el trato como testigos no de imputados, por lo que sí se les debe juramentar y advertirles sobre sus derechos, en relación con los eventos que les puedan afectar penalmente, tienen que expresarles la advertencia del artículo 36 de la Constitución en caso de incriminación personal.

En igual sentido la Sala Tercera (voto 841-00), establece el derecho de abstención que le cabe al imputado condenado en el supuesto de ser llamado a declarar como testigo en un mismo proceso; igualmente establece en caso de que decida declarar como testigo, el deber de juramentarlo, así como advertirlo de que aun así debe decir verdad.

En definitiva, por vía de jurisprudencia se puede resumir en dos puntos:

- 1.- Que conforme a la nueva legislación sólo se pueden incorporar por lectura las declaraciones de coimputados rebeldes o absueltos, no de coimputados condenados. Ello significa solo incorporación de las manifestaciones de coimputados rebeldes o absueltos, no de ser testigos –sometidos a interrogatorio - en el juicio.
- 2.- Que en caso de considerar a un coimputado sentenciado como testigo dentro de un mismo proceso, debe respetárseles el derecho de abstención de declarar y hacérseles ver en caso de que decidan declarar, el deber de juramentárseles y aun así el deber de decir verdad.

Como se observa, esta normativa deviene en actos propios de la inquisición donde se busca la incriminación a cualquier costo, incluido aquellos que vinculados en el mismo proceso.

1.5. Conducción por la fuerza pública cuando no comparezcan testigos, intérpretes, peritos considerados indispensables (Sea, cuando hayan sido citados previamente).

Ante la ausencia del testigo, perito u ofendido que se considere importante para la resolución del caso, no conlleva de forma automática que el juicio finalice con una sentencia por insuficiencia de una prueba. Pues la incomparecencia del testigo,

ofendido o perito debidamente notificado, permite la suspensión de la audiencia a efectos de poder conducirlo por medio de la fuerza pública.

La condición de indispensable basta que sea para unas de las partes, no importa a cuál, menos a la necesidad de brindar mayores explicaciones, pues no se está obligado a revelar su estrategia, pero si a una petición expresa, con independencia del criterio del tribunal sobre la importancia de la prueba.

A mi modo de entender, cualquier prueba que haya sido judicializada es imprescindible, pues si no tuvieran interés las partes no la habrían ofrecido, ni el juzgado la hubiera admitido. Situación idénticamente aplicable al perito.

Se debe recordar que una cosa es la pertinencia y necesidad de la prueba, la cual se refiere a la relación existente entre el hecho delictivo y la información de la declaración y otra la necesidad de su práctica en el juicio oral.

En abstracto, -como se indicó líneas arriba- toda prueba admitida es indispensable, bien podría suceder que, en concreto, esa valoración difiera. Así, se podría prescindir del testimonio de quien faltó a declarar, si su declaración se ha acreditado por otros medios, por lo que se puede deducir que no aportaría nada nuevo.

La práctica costarricense es abusiva en la utilización de esta causal, siendo incluso que de forma automática se utilice el plazo máximo de los 10 días y contabilizado en días hábiles. Lo correcto es seguir las reglas establecidas para ello; Se suspende cuando se haya citado. Caso contrario, se debe prescindir de tal testigo. Si es citado, se debe conducir mediante la fuerza pública pues es, una medida coactiva ante la desobediencia al llamado judicial (art.353 CPP).

Empero, la praxis costarricense se inclina a conceder nuevas oportunidades de presentación, ante todo cuando son testigos de cargo, incluido suspensión tras suspensión, haciendo uso de fraude de ley, al realizar “algunos actos del debate” para justificar la nueva suspensión, como por ejemplo, adelante el orden de inclusión de prueba e incorporar la prueba documental.

1.6. Suspensión del debate

La obligación al tribunal está en que deben estar presentes al momento de producirse la prueba, a excepción de prueba irreproducible que de acuerdo al nuevo código procesal debe incorporarse por el procedimiento de anticipo de prueba porque a ella no asiste el juez de juicio; Ahora bien, como se ha indicado con las excepciones, esta continuidad no es absoluta, de ahí que existan plazos razonables de suspensión.

Ahora bien, no puede suspenderse por cualquier ocurrencia. Las causales son determinadas mediante ley y por normas de orden público. Igualmente, toda suspensión debe ser por causas justificadas, tales y como enumera el artículo 334 CPP. Y, dado caso, la suspensión es por un plazo temporal. La lógica de esto es muy sencilla: El objetivo es que exista una valoración integral e inmediata de las probanzas, impidiendo, en la medida de lo posible, que el juzgador pueda desviar la atención en otro sentido, olvidando el resultado de los medios probatorios recibidos o los interprete de modo incorrecto.

Asimismo, respecto al principio de concentración, es necesario que el debate se realice dentro del término de los días, para evitar afectar la prosecución de los procedimientos, a fin de continuar con la recepción de la prueba correspondiente, de manera que no bastaría la mera apertura como medio para interrumpir aquel término, pues en este caso se trataría de una formalidad y no de una apertura efectiva del debate, con claro fraude de la ley. De esta forma, también, la concentración relativa a los actos que integran el debate, obligaría a que, al menos, la parte dispositiva de la sentencia sea dictada casi inmediatamente después de examinada la prueba.

Esta suspensión presenta el problema del cómputo de los diez días. Así, la norma solo refiere que el plazo máximo es de diez días. Sin entrar a determinar la cualidad de esos diez días; Sea, hábiles, inhábiles, naturales, etc. En este sentido, Javier Llobet (2017, pág. 513) indica que debe entender por días “hábiles” pero sin brindar una explicación de su postura. Por el contrario, considero que deben ser días naturales, lo que se deduce de que se diga en el primer párrafo del artículo 336 que la audiencia se realizará sin interrupciones, durante las sesiones consecutivas

que sean necesarias, además, respecto a los actos procesales, el guarismo 133 CPP indica que los actos procesales podrán ser realizados en cualquier día y a cualquier hora... Por lo que, la lógica diría que esto incluye los días hábiles, inhábiles o festivos.

La idea de los días hábiles podría confundirse por la práctica del ejercicio laboral de los principales actores, empero, ello ha llevado a serios abusos de suspensiones, incluso por más de triple permitido utilizando por ejemplo los cierres laborales de fin y principio de año, la utilización de semanas festivas (semana santa), etc.

Resta recalcar la importancia de tener los medios probatorios que han ofrecido, ubicados, porque el mayor problema de juicios frustrados radica en que las partes – especialmente la fiscalía– han perdido contacto con los ofendidos y testigos. Solicitando suspensiones solo para poder justificar el trabajo, pues saben de antemano que el testigo no va a comparecer.

Por ello debe analizarse en el caso en concreto, la procedencia o no de la suspensión, sea del juicio o simplemente conceder un receso a efectos de poder hacer las gestiones necesarias para la presentación.

Como se puede deducir, la práctica abusiva del precepto lo hace totalmente inquisitivo porque busca utilizar el máximo de los plazos e incluso utilizando otros días no laborables para tener mayor oportunidad de conseguir la prueba o de hacerla llegar a toda costa.

1.7. Ampliación y nueva calificación

1. Ampliación

Aunque son dos institutos, se analizan en forma conjunta por la incidencia en la fase de juicio.

Así, en la ampliación el Ministerio Público puede ampliar la acusación en juicio, para introducir un hecho nuevo o una nueva circunstancia no contenida en el requerimiento fiscal o

en la querrela, cuando modifica la calificación legal o lleva a la configuración de delito continuado, es decir, solo se contempla como posible, la ampliación objetiva.

Esto representa un cambio en parte de los hechos acusados, pero siempre y cuando no supongan una modificación esencial de lo acusado ni provoquen indefensión. Esto se traduce en que lo acusado no sea muy diferente de la acusación ni sorpresiva para la defensa técnica ni el inculminado.

Ahora bien, aceptar la premisa de la ampliación conlleva también analizar que se debe entender por las condiciones impuestas: Lo establece la norma es que modifique la calificación legal o en casos de integrar un delito continuado.

Así en forma esquemática sería:

Se puede ampliar cuándo:

1. Ante un hecho nuevo, o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación o querrela que viene a modificar la calificación jurídica. Así, por ejemplo, una acusación relata un robo simple con la participación de un solo individuo, pero en juicio se habla de la participación de dos personas, lo que convierte el delito en robo agravado.
2. Ante un hecho nuevo, o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación o querrela que esa situación implique integrar un delito continuado.

El ejemplo sería el caso del cajero del banco que se apodera de un millón de colones mediante sustracciones sucesivas de cien mil colones, hasta completar el millón. Siendo que, durante el juicio, surge otra sustracción no contemplada en la acusación, por lo cual, se amplían los hechos con esta última sustracción.

En el caso del delito continuado (art. 77 CP), se presenta cuando:

1. Se trate de delitos de la misma especie
2. Se afectan bienes jurídicos patrimoniales
3. El fin perseguido es el mismo

De la normativa costarricense favorece una posición restrictiva con relación a la posible ampliación en juicio de la pieza acusatoria. Esto es lógico si se pondera el derecho de defensa y los principios que engloba como, el derecho de audiencia, principio de imputación e intimación. (Cf. Constitucional voto 1739-92).

Derivado de lo anterior, es lógico suponer que, quien no ha sido informado de los cargos y la prueba existente en su contra, ni ha sido intimado de los hechos que le atribuyen no puede defenderse. En igual sentido, quien desconoce el marco fáctico acusado, no podría saber a que referirse.

De lo anterior, se puede sacar algunas conclusiones. En primer término, el derecho de defensa obliga al conocimiento previo de la acusación o querrela, de manera tal, que se excluye toda acusación sorpresiva en momentos finales del proceso y ante la preclusión de las etapas procesales de corrección. Admitir lo contrario, significa aceptar contraria el derecho mínimo de defensa y constituiría una visión inquisitiva autoevidente.

En segundo lugar, se impide cualquier ampliación por el principio de unidad del objeto del proceso. Este axioma es la *quae opponuntur* de la ampliación. Pues señala que no es posible la introducción de hechos en el juicio oral que no tengan correspondencia con los que son objeto del debate. Aun cuando sean consecuencia de la actividad probatoria efectuada durante las fases previas, pues fueron dejadas de lado por un procedimiento valorativo, incluso por omisión.

Siendo así, se puede puntualizar sobre la ampliación de la acusación que, únicamente debe proceder en hechos nuevos o de circunstancias sobre ese mismo hecho no mencionadas en la acusación, pero nunca en supuestos de concurso material. O sea, en circunstancias fácticas independientes, constitutivas de delitos *per se*.

A su vez, -y aunque parezca una obviedad- no se puede ampliar subjetivamente los hechos, tratando de incluir dentro de la acusación a una persona que antes no tuvo tal condición. Incluso en aquellos casos en los cuales se conozca -en forma conjunta y dentro de un mismo juicio- causas acumuladas contra el mismo sujeto.

La potestad ampliativa debe respetar la hipótesis mínima de la intimación, en los casos que se modifique la calificación legal, sea recalificaciones de hechos o en los casos de integración de un delito continuado. No deben ser hechos ajenos a los acusados; Igualmente deben estar pertinentemente solicitados y sustanciados, por lo que no basta con una simple solicitud.

De la lectura del artículo 347 CPP, se señala que la eventualidad de ampliar la acusación en juicio, aplica cuando derive un hecho nuevo o una nueva circunstancia que modifique la calificación legal de lo acusado o que integre un delito continuado. Nunca permite la posibilidad de ampliar la acusación para abarcar todo hecho nuevo. Sólo aquellos que inciden en la calificación legal de los ya acusados (por ejemplo, una circunstancia agravante o atenuante), o bien, aquellos que configuran un nuevo elemento fáctico de un delito continuado.

Interesa no confundir ampliación de la acusación, -que sólo puede consistir en los supuestos antes analizados- con una calificación alternativa de la acusación. El núcleo del instituto de la ampliación de la acusación no es la calificación jurídica como tal, sino la introducción de nuevos hechos o circunstancias, que deriven de la actividad probatoria específicamente evacuada el juicio. En sentido contrario, cuando los hechos no solo no surgen del debate o no eran desconocidos previamente por el Ministerio Público, no procede la ampliación de la acusación.

En resumen, las consecuencias de la ampliación implican que se modifique la calificación jurídica, la pena objeto de la acusación y los términos de la responsabilidad civil.

En el primer supuesto de ampliación es claro que el punto está en que “lo nuevo” modifica la valoración de tales hechos. Igualmente se modifica la calificante en la determinación del delito continuado.

La pena se modifica también en ambos supuestos. En el primero al establecer un criterio diferenciador, es decir, cambia el delito y ende la pena. Igual sucede en el segundo supuesto, en los cuales, para el delito continuado lo principal es la graduación penológica.

Por último, aunque la norma no refiera nada sobre la responsabilidad civil, es claro que si se modifican los hechos – en cualquiera de sus supuestos- se modifican las consecuencias jurídicas de carácter civil. Lo cual no significa que puedan o deban modificarse los hechos de la acción civil, pero si las pretensiones y las partidas específicas de los daños y perjuicios.

Resta por indicar algunas condiciones de garantía del imputado ante la ampliación. La primera surge de la legitimación. Así, para ampliar el requerimiento acusatorio –público o privado- la competencia es exclusiva del órgano acusador, no por el tribunal (Llobet Rodríguez, 2017, pág. 523). Es decir, opera a petición del fiscal o querellante, nunca de forma oficiosa. Empero, es común la práctica de los tribunales en darle audiencia a la fiscalía “para si a bien lo tiene, amplié la acusación”. Práctica auto evidente de criterios inquisitivos.

Ahora bien, en casos que opere, se debe advertir al imputado sobre la variación de la acusación o querrela y sobre lo nuevo se le debe recibir nueva declaración. Incluso para preparar su defensa, puede solicitar la suspensión del juicio (sujeta a los criterios de la continuidad) y ofrecer nueva prueba. Para esta declaración aplica los mismos principios que la declaración inicial, incluso los criterios para acogerse o a algún tipo de medidas o procedimiento especial.

No se debe confundir corrección de errores o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión. En los errores materiales no se modifica la acusación (at. 348 CPP).

Se entiende que las apreciaciones son casuísticas, pues lo que puede ser válido para un caso, puede que para otro no. Así, para que la inclusión de una fecha sea permitida y en otra depende del derecho de defensa. El punto es, no causar indefensión. Así, si la fecha es esencial para la determinación precisa del lugar del hecho y no conste en ninguna prueba válidamente admitida para juicio, no sería lícito la corrección pues sería sorpresiva. En caso contrario, si la fecha consta en las pruebas, sí se puede corregir, pues no causaría indefensión y no sería sorpresiva ya que la fecha consta en las pruebas válidamente judicializadas.

2. Nueva Calificación Jurídica

La doctrina indica que:

“ El objeto del proceso es el acontecimiento histórico investigado y no la figura jurídica con que se le ha calificado. Esta última es siempre provisional, susceptible de ser modificada en cualquier momento, sin necesidad de realizar una nueva intimación al imputado. Apunta la doctrina que “No cabe confundir, pues, el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado, incluso, en la ampliación oral, con la valoración de derecho sustantivo de esa situación. Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un *momen iuris*, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal. Aunque la acusación... debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa (lo que no puede negarse), basta que la correlación aludida verse sobre el hecho, de modo que el Tribunal de sentencia tiene libertad para “elegir la norma” que considera aplicable al caso. Si ese Tribunal estuviera vinculado a la calificación legal que propugna el actor, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada por el acusador, la función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no impone el derecho de defensa. Como bien se ha dicho, el Tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que él mismo atribuye al imputado” (Vélez Mariconde, 1982, p. 236).

Establece la norma que, si se observa la posibilidad de nueva calificación en el juicio, se le advertirá al acusado para que

prepare su defensa y pueda nuevamente declarar si lo desea art. 346 CPP. De la norma anterior, se colige que la fijación de los límites del debate no queda concluyentemente materializada con la calificación jurídica inicial.

Incluso de forma oficiosa, el tribunal puede tener la iniciativa haciendo la observación a las partes sobre la posibilidad de modificar la calificación jurídica. Esto se presenta cuando se percibe -en el desarrollo de la prueba- que los hechos objeto del debate puedan o convengan ser calificados de modo distinto al que al momento ostentan.

En estos casos, cuando el criterio judicial es a favor del imputado, no presenta tantos problemas, como serían los supuestos de una calificación más benigna, sea por admitir la calificación de un delito menos grave, una menor participación delictiva, o, en fin, alguna circunstancia atenuante del castigo, o incluso eximente. Por ejemplo, una recalificación que conlleva a la prescripción del delito. En estos supuestos, el tribunal estaría facultado para absolver al acusado, si con la nueva calificación violenta el principio de correlación.

En sentido contrario, puede suceder que el tribunal razone sobre una nueva calificación jurídica de la acusación, cuya aceptación da lugar a la imposición de una pena más grave, o simplemente a la comisión de un delito distinto al acusado. Si estas acciones se verifican hasta sentencia, hay una clara vulneración al derecho de defensa y la correlación entre lo acusado y la sentencia, además múltiples garantías del juicio, por ello, se debe manifestarse antes para que se pueden ejercer efectivamente en el contradictorio.

Siendo así, resulta adecuado que el tribunal -durante la audiencia- advierta del posible cambio de calificante, pero en sentido concreto. Por tal, no sería suficiente que se haga en sentido genérico. Se debe informar acerca del alcance de dicha modificación, brindando las razones que a criterio del tribunal sería la más adecuada, para que las partes puedan evaluar el beneficio o ventaja del posible cambio.

Como se ha indicado, la advertencia de cambio de calificación tiene mayor peso cuando se refiere a la acusación y ésta agrava la condición del sujeto inculcado y, por ende, puede dar lugar a

mayor pena que la primera. O lo que es peor, a una condena por un delito diferente al acusado inicialmente. En sentido inverso, no existen limitaciones para que la sentencia sea más beneficiosa.

Las diferencias de la ampliación con la nueva calificación están en que, la posibilidad de nueva calificación no es una ampliación de la acusación, pues refiere únicamente a un cambio de calificación, pero sin alterar los hechos acusados (ejemplo se investiga un hurto y en el curso del juicio se determina que es una apropiación indebida). La segunda diferencia radica en la oficiosidad del cambio de calificación jurídica, lo cual no opera en la ampliación.

Ahora bien, si se realiza la advertencia, brindado el tribunal sus razones, pueden las partes solicitar la suspensión del debate, con el objetivo de preparar la defensa, incluso valorar el ofrecimiento de prueba. El tiempo de suspensión no podría exceder de diez días, por las reglas del principio de continuidad (art. 336 CPP), ni ser inferior a cinco días por reglas de la preparación del debate (art. 324 CPP).

La suspensión es un presupuesto básico para el derecho de defensa, pues pretende que las partes pueden prepararse adecuadamente para la discusión de la nueva visión del tribunal.

En este instituto pueden darse dos variables principales. Uno, si hay aceptación de la sugerencia del tribunal. En este caso, si la parte destinataria de la advertencia acepta el cambio de calificación, no se proyecta ningún problema. Pero, puede suceder que no se acepte. En cuyo caso, el punto se vuelve más problemático. Peor aún, cuando ninguna de las partes acepta el posible cambio de calificación jurídica.

Ante este panorama, se pueden plantear algunas alternativas:

- a. Considerar que la modificación del tribunal, sea o no aceptada, permite dictar sentencia con arreglo a su tesis por el principio de juez natural: la potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los tribunales ordinarios instituidos conforme a la Constitución y la ley (art. 3 CPP). Siendo el propio principio de correlación, lo que permite los cambios en la calificante.

- b. Deducir que se necesita de la aceptación Fiscal para permitir al tribunal dictar sentencia con arreglo a la modificación. Ello, por los principios de acusatorios y de correlación entre acusación y sentencia.

Para fundamentar cual solución es la más adecuada, se debe estar conforme a los principios procesales modernos, que consideran –al proceso penal- como el medio a través del cual surgen a la vida jurídica las garantías de las partes, que a su vez permiten controlar la actividad de los órganos de administración de justicia. Por tanto, tendría valor relevancia la segunda posición.

Valga recordar que un punto que muchas veces se olvida sobre las posibilidades legalmente previstas son las que refieren al principio de imparcialidad del tribunal. Este sería un vivo ejemplo de ello. Así, aunque normativamente se permita al tribunal apartarse de las calificaciones de la fiscalía o querellante, o incluso hacer algunas modificaciones. Conforme a los principios del juicio y la coexistencia de los principios procesales acusatorio y de proscripción de la indefensión, no se podría aceptar tales prácticas oficiosas.

En este sentido, se observa la insuficiencia de la simple advertencia en la modificación de la calificante, por lo que la sugerencia del tribunal tiene que ser admitido por la acusadora, ya que de lo contrario el tribunal se convierte en parte acusadora y, por ende, compromete su imparcialidad, en su forma más básica: “que quien acusa no puede juzgar”. Obsérvese que, si el fiscal no acepta a la modificación, sería el propio juzgador quien sostenga la calificante modificada, lo cual es irregular.

Como se indicó líneas arriba, normativamente en Costa Rica se eligió la primera de las opciones, pues en el segundo párrafo del artículo 365 CPP sostiene que: “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica diferente de la acusación o querrela, o aplicar penas más graves o distintas de las solicitadas”.

En resumen, tratándose de cambios en la calificación que el tribunal quiera dar en sentencia, el único requisito es que haya realizado de oficio la advertencia a que se refiere el artículo 346 CPP. Sin que sea necesario que el contenido de dicha advertencia sea aceptado por la acusación, acto ideológicamente inquisitivo.

Por eso, se considera necesario reclamar en que la facultad contenida en el artículo 346 CPP tiene carácter excepcional.

Incluso la Sala Constitucional señala que “el objeto del procedimiento penal son los hechos, de modo que su calificación jurídica puede modificarse a lo largo de la instrucción o incluso en la etapa de juicio y en la misma sentencia, sin que se viole su derecho de defensa si ocurre esa modificación, siempre que tenga como fundamento la misma base fáctica” (voto 2618-95); Criterio vigente a la fecha.

Como se observa, ambos institutos son vestigios inquisitivos porque se le permite al órgano acusador una doble posibilidad de buscar la condena o incrementar la gravedad del hecho acusado. Ello, es un desajuste grotesco al sistema de igualdad de armas en el sistema procesal penal, donde el ente fiscal, no tiene plazo para finalizar su investigación, cuenta con todo el aparato científico de indagación y plena libertad de imputar lo que considere pertinente, incluso con acusaciones alternativas.

1.8. Prueba para mejor resolver

Durante el desarrollo del debate, existen algunas formas de inclusión de nuevas pruebas. Dos de ellas, ya se han analizado: por la ampliación de la acusación y por una nueva calificación jurídica. En la primera la norma contiene la indicación en forma expresa, mientras que en la segunda en forma implícita.

La tercera forma corresponde al punto en examen en este apartado. Es la conocida prueba para mejor resolver. Esta procede cuando surja en el debate hechos nuevos o circunstancias nuevas que requieran su explicación. Puede ser oficiosa o a pedido de parte.

Existen dos vías para plantear la prueba para mejor resolver:

1. Mediante aplicación de los supuestos del art. 355 CPP. En este caso, la prueba para mejor resolver aparece si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento.

2. Mediante aplicación del art. 320 CPP. Esto siempre y cuando la prueba haya sido ofrecida en audiencia preliminar, haber sido rechazada y presentado el recurso de revocatoria por la parte que le fue rechazada. Este formalismo tiene su razón de ser en la existencia de la convalidación de los defectos. En este caso, la normativa establece que los defectos quedarán convalidados cuando “quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto” (art. 176 CPP). En aplicación de esta norma, si no se presenta recurso de revocatoria, se convalida el rechazo de la prueba.

El tercer supuesto sería el de la reapertura del debate. Esto puede suceder si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas (art.362 CPP). En este caso, se podría ordenar la reapertura del debate y la controversia se limita al escrutinio de los nuevos elementos aportados. Sin embargo, esta norma es problemática y si se utiliza violenta el principio de imparcialidad.

Nicolás Guzmán (2006) refiere que “el juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con criterios jurídicos de decisión (el principio de inocencia y el in dubio pro reo), que le dan las armas necesarias para decidir” (p.183).

Mención aparte sucede ante una declaración del imputado que venga a establecer su coartada en el contradictorio, a la auto incriminación o el aporte de documentos de especial trascendencia que necesariamente exija su confirmación o contradicción.

En igual sentido, existen otro supuestos propios de la prueba pericial y de la diversidad cultural. En este caso, la norma señala que, si los informes son dudosos, insuficientes o discrepantes, el tribunal o el Ministerio Público podrán nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que examinen las conclusiones y, si fuese necesario, amplíen, repitan otro peritaje (art. 219 CPP).

Para el caso de la diversidad cultural la regla se aplica *“cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia”* (art. 339 CPP). En estos supuestos, el tribunal podría disponer un peritaje especial, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.

La norma es de carácter general, aunque nada impide que, si los supuestos que autoriza se presenten en el juicio, se aplique como forma extraordinaria.

Ahora bien, lo usual es que sean las partes quienes soliciten la prueba para mejor proveer, o incluso el imputado en el ejercicio de su defensa material. En los casos autorizados y producto del debate únicamente, además que no fuese prueba que se conociera con anterioridad por el Ministerio Público.

Resultan evidentes las amplias posibilidades de uso de la prueba para mejor proveer. En razón de ello y debido a los abusos, El Consejo Superior emitió una circular sobre los excesos, mediante la cual, buscaba mayor conciencia en el uso del instituto. En lo que interesa dice:

“debe hacer un uso moderado y razonable de la potestad que tiene para ordenar prueba para mejor resolver, la que deberá solicitarse únicamente cuando sea indispensable y según las necesidades reales y efectivas para una administración de justicia pronta y cumplida” (Circular N° 152-02, publicada en el Boletín Judicial N° 244 del 18 de diciembre del 2002).

En este sentido, si la prueba es oficiosa, -en cualesquiera de las formas antes indicadas- se incumpliría con los principios que rigen el sistema acusatorio, porque se estaría creando prueba por medio de un sujeto llamado a decidir el caso. Por otra parte, al aceptar errores o negligencia en la función acusatoria, específicamente en el ofrecimiento de pruebas, reemplaza el Tribunal su función imparcial por un mero espectador de sus actuaciones y validador de irregularidades.

Para toda la temática de la prueba en juicio, existe ciertos conceptos jurisprudenciales conocidos como la “amplitud de prueba” que utilizan los Tribunales, cuando pretenden traer al juicio prueba no solicitada con anterioridad por las partes.

Desde vieja data la Sala Tercera ha sostenido el criterio: “que aunque nuestro procedimiento penal es mayoritariamente – de orientación acusatorio reformulado – la facultad excepcional de que disponen los juzgadores para ordenar prueba para mejor proveer conforme al numeral 335 Ibidem, deriva del principio de amplitud de prueba, que pretende la averiguación real de los hechos sin desmedro de ningún medio probatorio lícito, es necesario añadir que en torno a la prueba para mejor proveer, un límite adicional es que no debe ocasionar indefensión a las partes...” (Voto 2003-1136-03).

El anterior criterio muchas veces se utiliza en forma autónoma, cuando lo correcto es que deba ir siempre acompañado de una condición necesaria: El surgimiento en el plenario de hechos nuevos relacionados con los hechos acusados. Es decir, con los hechos objeto del contradictorio.

Además, tales hechos o circunstancias deben revestir de importancia tal, que exija explicación. De esta manera se comprende mejor que la prueba para mejor proveer, sea calificada de excepcionalísima y su uso restringido.

Otro detalle que la norma no aclara es sobre el tema de plazos y el derecho de defensa, pues no se indica plazos para ofrecer la prueba, ni término para su evacuación. Se entiende que debe producirse antes de las conclusiones para que puedan ser sujeta al contradictorio.

De la mano con lo anterior, no se menciona la posibilidad de suspensión de la audiencia a efectos de recepción o de garantizar el derecho de defensa. No obstante, se entiende ambas posibilidades por normas especiales de suspensión (art. 336.b CPP) y de derecho de defensa en juicio.

Por último, se deben dimensionar las apreciaciones desarrolladas hasta ese momento, pues no se puede medir aplicar las normas en forma igualitaria ante situaciones desiguales. Por lo que respecta a la defensa, debe tener un trato diferente, porque

la negligencia del abogado defensor –público o privado- no puede representar una justificación alguna para limitar o afectar la defensa del acusado. Por ende, no puede el Tribunal rechazar prueba de la defensa que sea pertinente y necesaria bajo los argumentos de ser ofrecida en tiempo y conocida con anterioridad.

Con mucha más razón, no se podría rechazar prueba de la defensa, cuando surja de hechos nuevos o circunstancias nuevas durante el juicio, ya que habría violación del debido proceso y violación del derecho de defensa (art. 37 y 39 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1, 6, 9, 12, 13, 142, 180 a 184, 326, 355, 363.b) del Código Procesal Penal).

Como se observa, la normativa permite actuaciones de corte inquisitivo, pero es la práctica que ha llevado a la prueba para mejor resolver a ser un instituto altamente peligroso para la imparcialidad del juzgador y en claro detrimento del derecho de defensa.

5. Reflexiones finales

La filosofía del derecho y del Estado es, necesariamente crítica del poder establecido -sea cual sea la naturaleza de ese poder- o bien su cómplice. Sin términos intermedios (Capella, 2006. p. 9), de ahí que se debe actuar en consecuencia y evidenciar prácticas deslegitimantes del sistema penal, que tarde o temprano, socaban las bases democráticas del país; Como bien menciona el saber popular, no hay mayor forma de colaboración de las arbitrariedades que el silencio.

Este trabajo busca evidenciar prácticas anacrónicas de la administración de justicia, las cuales solo se podrían comparar con reglas inquisitivas. A su vez, evidencia que cambiar o mantenerse en dicho rumbo, solo es cuestión de actitud frente a las normas y los casos.

Por otro lado, también existe otro conocido adagio popular asociado al campo jurídico y en concreto a sus problemas interpretativos, el cual indica que: En derecho, dos más dos no es necesariamente cuatro; Dicha frase hace alusión a la indeterminación del derecho por sus múltiples interpretaciones; y como se ha resaltado en las anteriores líneas, la decisión de seguir líneas inquisitivas o de legalidad, es un tema decisión frente a las reglas: Depende de la forma en que la persona juzgadora decide interpretar una norma procesal como las señaladas en el acápite 5.

Sobre ello, cabe recordar lo que decía Carlos Nino, el cual señalaba que “el derecho, como el aire, estas todas partes” (2007, p. 1), y corresponde al operador jurídico buscar la coherencia en la interpretación.

En este caso, la modernidad ha traído una “generalización y uniformización del mundo” (Cárcova, 2006, p. 24) que se ha potencializado por medio de la globalización mundial, en la cual el derecho no es la excepción; la información está al alcance de casi todos, especialmente de quienes tienen las herramientas básicas para investigar; por lo cual, no es justificable que el juicio penal siga líneas interpretativas que datan desde la misma inquisición sin que el operador jurídico se cuestione el porqué de las cosas.

Así, para cada uno de los ocho ejemplos de reglas que evidencian los vestigios arbitrarios e inquisitivos del actual juicio penal, existen posiciones divergentes que aplican dichas normas de forma ajena a la parcialidad y la inquisición.

Ahora bien, las ideas expuestas están escritas con la intención de formar críticas, ya que ante ello prefiero la censura o reprobación antes que la fría indiferencia, sobre todo ante los ejemplos puntuales puestos de manifiesto y refrendados por vía jurisprudencial.

Lo anterior, no significa que solo se quiera “imponer nuestra visión del pasado” (Wallerstein, 2013, p. 17) o la forma de interpretar una norma, sino solo mostrar lo que se considera propio de un paradigma que debería estar superado.

Por otro lado, tampoco se piense que la anterior estudio se base en un dramatismo fatalista. Es decir, pensar que cada día se va de mal en peor en el juicio penal, pues ello es la visión dramática de la realidad penal en Costa Rica. Sin embargo, guste o no, ello no es del todo cierto, pues existen diversos criterios minoritarios que muestran una forma diferente de ver y aplicar las reglas del debate, principalmente en sede de apelación de sentencia.

Pensar de esa forma fatalista tiene muchos problemas. El primero de ellos y de mayor importancia, la apatía. Eso de dar por sentado las cosas, por la visión de “que siempre fue así y, lo poco que uno puede hacer ante el sistema”; y lo segundo, por la visión dramática de las cosas hace que se “elijan respuestas más dramáticas y negativas” (Rosling, 2018, p.29) que impedirían ver las críticas al estado de cosas y prácticas anacrónicas como las aquí relatadas.

Referencias

- Anderson, T., Schum, D., y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. (F. Carbonell, & C. Agüero, Trads.). Marcial Pons.
- Antillón, W. (2012). *El proceso penal*. Estudios. Investigaciones Jurídicas.
- Armijo, G. (1997). *Garantías Constitucionales, Prueba lícita y la Transformación al Nuevo Código Procesal Penal*.
- Asamblea Legislativa. (13 de marzo de 2008). *Proyecto de ley 16973, sobre el fortalecimiento integral de la seguridad ciudadana*. <https://d1qqtien6gys07.cloudfront.net/wp-content/uploads/2023/04/23713.pdf>
- Beccaria, C. (1988). *De los delitos y de las penas*. (J. A. De las Casas, Trad.) Alianza.
- Capella, J.(2006). Presentación del libro. En C. M. Cárcova, *La Opacidad del Derecho*. Trotta.
- Cárcova, C. (2006). *La opacidad del Derecho* (2 ed ed.). Trotta.
- Clariá, J. (1960). *Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I*. Ediar.
- Creus, C. (1992). *Invalidez de los actos procesales*. Astrea.
- Cruz, F. (1994). *La nulidad por la nulidad misma*. Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Cruz, F. (1994). *Principios Fundamentales para la reforma de un sistema penal mixto*. Ciencias Penales (8), 40-51.
- Del Valle, G. (1834). *Anales de la Inquisición*. Madrid: Imprenta de Gregorio Hernando.
- Eymerich, N. (1821). *Manual de Inquisidores*. (J. Marchena, Trad.) Imprenta de Feliz Aviñón.

- Florian, E. (2002). *De las pruebas penales, tomo II.* (J. Guerrero, Trad.) Temis.
- Foucault, M. (2005). *La verdad y las formas jurídicas.* (E. Lynch, Trad.) Gedisa.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (3 ed.) Marcial Pons.
- González, D. (1994). *Justicia Constitucional y Debido Proceso.* Asociación de Ciencias Penales.
- Guzmán, N. (2006). *la verdad en el proceso penal.* Editores del Puerto.
- Haba, E. (2012). *Metodología (realista) del Derecho.* Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- Huertas, P., De Miguel, J., & Sánchez, A. (2004). *La Inquisición. tribunal contra los delitos de fe.* LIBSA.
- Jacob, R. (2017). *La gracias de los jueces.* (C. J. Gutiérrez, Trad.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jauchen, E. (1992). *La prueba en materia penal.* Rubinzal Culzoni.
- Llobet, J. (2005). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Aspectos Generales.* Editorial Jurídica Continental.
- Llobet, J. (2017). *Proceso Penal Comentado* (6 ed.). Editorial Jurídica Continental.
- Maier, J. (1999). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos.* Editores del Puerto.
- Marat, J. (2000). *Plan de Legislación Criminal.* Hammurabi.
- Montero, J. (2010). *Derecho Jurisdiccional. Tomo II. Proceso Civil* (18 ed.). Tirant lo Blanch.

- Muguerza, J. (1994). *El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal. Doxa* (15-16), 535-559.
- Nieva, J. (2010). *la valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Nieva, J. (2023). *El origen de la justicia*. Tirant lo Blanch.
- Nino, C. (2007). *Introducción al análisis del derecho* (14 ed.). Astrea.
- Pérsico, L. (2008). *La Inquisición*. LIBSA.
- Rosling, H. (2018). *Factfulness*. (J. Paredes, Trad.) Deusto.
- Sprenger, J., & Kramer, E. (2004). *El Martillo de las Brujas. (Mallus Maleficarum)*. (M. Jiménez Monteserín, Trad.) Maxtor.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. (I. Manriquez, & J. Ferrer Beltrán, Trads.) Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Ulloa, H. (2012). Oralidad en el proceso penal costarricense: Discursos y realidades. En R. Chinchilla Calderón, *Reflexiones frente al populismo punitivo penal en Costa Rica*. Investigaciones Jurídicas.
- Vélez, A. (1969). *Derecho Procesal Penal, Tomo II*. Depalma.
- Vélez, A. (1982). *Derecho Procesal penal, tomo II*. CóLerner Editora.
- Wallerstein, I. (2013). *Las incertidumbres del saber*. (J. Barba, & S. Jawerbaum, Trads.) Gedisa.
- Zamora, M. (2018). Juicio a la memoria. El problema de los falsos positivos. Primera parte. *Acta Académica*, (63).

