



José Jaime Robleto Gutiérrez trabaja para el Poder Judicial desde 1986, cuando siendo estudiante de Derecho ingresó como meritorio del Tribunal Contencioso Administrativo. Ya graduado como Licenciado en Derecho con la mención de summa cum laude probatus laboró como defensor público por muchos años en diversas partes del país a partir de 1988, posteriormente se desempeñó como Abogado Letrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Nombrado Juez de Casación Penal interino desde el año 2001, cuenta con una Maestría en Ciencias Penales con mención de honor de la Universidad de Costa Rica, donde además se ha desempeñado como docente de Derecho Penal general y especial. Tiene el grado de Bachiller en Filosofía y Humanidades de la Universidad Católica Anselmo Llorente y Lafuente y es doctorando del programa de Doctorado en Derecho de la UNED.

Es autor de diversas publicaciones en temas de derecho penal y humanidades, asimismo ha sido Profesor de Ética del Colegio de Abogados y conferencista en diversos foros. En el año 2001 recibió el Premio Alberto Brenes Córdoba en la categoría de mejor artículo jurídico por “El ADN y su importancia en la investigación criminalística.”

A partir del 2009 fue nombrado en propiedad como Juez de Casación Penal en Guanacaste y en el año 2010 como Juez de de Casación Penal en San Ramón de Alajuela. Actualmente labora en el Tribunal de Apelación de Sentencias Penales de Cartago.

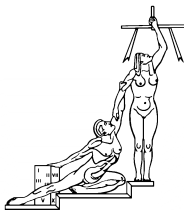
EL DERECHO DE DEFENSA PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL



Jaime Robleto Gutiérrez

EL DERECHO DE DEFENSA PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Dr. Jaime Robleto Gutiérrez



ESCUELA JUDICIAL
"Lic. Edgar Cervantes Villalta"

345.050.44

R666d

Robleto Gutiérrez, Jaime. El derecho de defensa penal como derecho fundamental / Jaime Robleto Gutiérrez - Heredia, Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2013.

84 págs

1.Derecho penal 2.Derecho constitucional 3.Derechos humanos I. Jaime Robleto Gutiérrez II.Título

ISBN 978-9968-696-00-05

ÍNDICE

A manera de Introducción.....	5
I. Antecedentes históricos	
a) Derecho de defensa.....	9
b) Breve reseña evolutiva de los derechos fundamentales.....	15
II. El derecho a ser proveído con una defensa técnica	
a) La necesidad de la defensa técnica.....	24
b) El carácter indispensable de la defensa técnica.....	42
c) La defensa plena.....	46
III. El principio de intimidación.....	49
IV. El principio de imputación.....	50
V. El derecho de audiencia.....	54
VI. El estado de inocencia	58
VII. El principio in dubio pro reo.....	67
A manera de conclusión.....	72
Bibliografía.....	76

EL DERECHO DE DEFENSA PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

A MANERA DE INTRODUCCIÓN:

El Derecho de defensa es un derecho fundamental, ello implica que se adquiere por el mero hecho de ser persona (iusnaturalismo) o bien, por disposición estatal (positivismo). Es un derecho *erga omnes*, exigible frente a todos(as), tutelable y de aplicación inmediata, en la Constitución Política Costarricense, la previa oportunidad de una defensa está consagrada en el numeral 39, sin ella, no existiría la posibilidad de un debido proceso legal para quien enfrente una causa penal.

De lege ferenda, resulta impensable en un Estado democrático, sostener que la defensa de una persona sometida a una acusación penal pública o particular, es una prerrogativa antojadiza del legislador, una gratuidad fruto de la benevolencia de quien detenta el poder normativo, o bien, algo parecido a lo que coloquialmente se denomina como una alcahuetería. Tampoco debe causar extrañeza que un Juzgador escriba sobre este tópico, toda vez que el principal destinatario de la norma penal es precisamente el sujeto activo de quien perpetra la acción delictiva y el Juez debe velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales de todas las partes del proceso, siendo el imputado(a) figura clave en el mismo.

Sin que se pretenda desconocer los alcances del derecho positivo y renunciando a exacerbar los fundamentos del *iusnaturalismo*, se debe partir de la realidad material y por ende jurídica del derecho básico y primario de toda persona a defenderse, esta opción, -aunque no limitada al Derecho- prima y se conjuga con otros intereses fundamentales, en donde el Juez, como un juglar medieval, debe interpretar verdaderos malabarismos en procura de la armonía social y la resolución del caso concreto, a la vez que está siendo sometido a la reacción social, tanto formal como informal.

Bajo esta denominación: derecho de defensa, podemos incluir cuatro garantías básicas que tienen mucho que ver con el principio del contradictorio, pero no las únicas, ni excluyentes: el principio de intimación, mediante el cual el acusado tiene derecho a informarse de la existencia de una acusación en su

contra y las pruebas del caso; el principio de imputación, ya que es el deber del órgano fiscal de atribuir el hecho al imputado; el derecho de audiencia y el derecho de defensa en sí mismo. La Sala Constitucional Costarricense lo ha definido en los siguientes términos: ***d)El derecho de defensa en sí:*** *También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2º, y de los párrafos 3º y 5º del artículo 8º de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen; el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada - conforme al artículo 44 de la Constitución-, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen etc.; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo-; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas; y el derecho a no ser obligado a declarar*

*contra sí mismo ni contra sus parientes inmediatos, ni a confesarse culpable, así como a que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez. Cabe advertir, asimismo, que el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan”.*¹

El derecho de defensa abarca tanto la defensa material (aquella ejercida directamente por el imputado), como la defensa técnica, suplida por un profesional en derecho contratado por el inculpado, o en su defecto provista por un defensor público o de oficio (esto último en claro desuso en la Costa Rica del Siglo XXI) a cargo del Estado, *“que atienda con toda diligencia y responsabilidad su caso”*²

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

¹ Sala Constitucional. Voto N° 1739, de las once y cuarenta y cinco horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente #1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por M. E. A. A. contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de C. D. G. R.

² HOUED V, (Mario) y otros, “Proceso penal y derechos fundamentales”, San José, Editado por la Escuela del Poder Judicial, 1º edición, 1997. p.34.

permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal”³

El derecho de defensa cobra vigencia desde el primer momento de la persecución penal.⁴ Además señala que, *“La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso y, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa. Tradicionalmente, no obstante, el momento privilegiado para la defensa es el juicio, porque en todo sistema que funcione correctamente, las pruebas que servirán de fundamento para la condena son las que se producen precisamente durante el juicio. Como se sabe, en los sistemas inquisitivos esto está completamente distorsionado, ya que en ellos el eje de la actividad jurisdiccional se ha trasladado hacia la investigación en desmedro del juicio. Sin embargo, si se tiene en cuenta el diseño constitucional del proceso penal, es necesario admitir que es en el juicio donde resulta sumamente importante el ejercicio del derecho de defensa, tanto la defensa técnica como la defensa material”.*⁵

El tema del derecho de defensa es de una gran amplitud, en esta obra esbozo algunas de sus aristas más relevantes, teniendo en cuenta que existen otros sujetos procesales, principalmente la víctima, los cuales no deben, ni pueden desampararse en aras de centrarse exclusivamente en la figura del acusado(a). No pretendo agotar un tópico tan extenso y variado, sino puntualizar algunos aspectos relevantes.

Resulta oportuno, por los tiempos que corren, recordar que en el derecho penal de origen romano germánico, como nuestro derecho penal, es un derecho penal de acto y no de autor, ello no significa adoptar una tesis abolicionista, como equivocadamente se ha clamado algunas veces en el foro nacional, sino, un mero recordatorio que precisamente la función dogmática del derecho no debe ceder a

³ BINDER, (Alberto). *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*. Editado por AD-HOC S.R.L. primera edición, Buenos Aires, 1993, p. 151.

⁴ Ver contenido de los numerales 39 de la Constitución Política; 8 incisos c), d), e) y f) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y ordinales 12 y 13 del Código Procesal Penal.

⁵ BINDER, *Op.cit.* p. 158.

presiones circunstanciales que lo instrumentalicen, sin que por ello se renuncie a la pretensión de que -al fin y al cabo- cada pueblo tenga el Derecho que merezca.

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A).- Derecho de Defensa. Las primeras civilizaciones en general no distinguían entre el derecho civil y el derecho penal. El primer escrito o los primeros códigos de la ley fueron redactados por los sumerios. Alrededor de 2100-2050 antes de Cristo, por Ur-Nammu, el rey sumerio de Ur, promulgó el Código que lleva su nombre, aunque antes de éste, el código de Urukagina de Lagash ya había sido promulgado. Otro aspecto importante a remarcar son los principios del código de Hammurabi. Estos códigos formaron el núcleo de la ley babilónica. Los primeros signos de la moderna distinción entre delitos y los asuntos civiles nacen durante la invasión Normanda de Inglaterra. La noción especial de sanción penal, por lo menos en relación con Europa, surgió en la España antigua (véase Alfonso de Castro), cuando la teología imponía la noción de Dios sobre la pena (*poena aeterna*), y que por cuenta de un culpable, se convirtió en la transformación del derecho canónico en primer lugar y por último, el derecho penal secular.

No hay información histórica científicamente probable que demuestre que en los pueblos antiguos haya existido una profesión u oficio que corresponda a la abogacía. No obstante, vale anotar que entre los egipcios, caldeos, asirios, fenicios y hebreos, los sabios, oradores, teólogos y filósofos, asumieron la tarea de aconsejar al pueblo y, en ocasiones, la defensa del pueblo; o la representación verbal de los intereses públicos y privados ante la administración judicial.

Cuando en la antigüedad se trató de un proceso acusatorio puro, como en las ciudades de Grecia y Roma Republicana, la defensa era un derecho indiscutible del imputado, a quién se le informaba, desde el primer momento, la imputación formulada en su contra y se ubica en el mismo plano jurídico del acusador.

En un primer momento, el imputado podía actuar personalmente. Así por ejemplo, en Atenas, el acusado podía defenderse personalmente y, hasta hubo un

tiempo en que ante el Areópago no le fue permitido defenderse por intermedio de abogados. En las Ciudades Estados Griegas, el actuar en calidad de acusador o defensor ante el Areópago, y demás tribunales griegos, era confiada por las partes a oradores y hombres de cualidad elocuente, sobre quien el afectado o interesado depositaba la confianza de que su causa estaría bien defendida y representada. Esta práctica fue desarrollándose fundamentalmente en Atenas con las reformas instauradas por el "reconciliador y arconte" Solón, quien reglamentó la actuación ante los tribunales atenienses, dándole a la abogacía el carácter de una función pública y atribuyéndole un prestigio religioso. Las reglas establecidas por Solón para actuar ante los Tribunales eran:

1. Para ejercer el derecho de defensa de terceros el orador debía ser de condición libre y no merecer tacha de infamia;
2. El recinto donde se ejercía la defensa debía ser reputado santo;
3. Los oradores tenían como regla absoluta servir al triunfo de la verdad y la justicia;
4. No se les permitía hacer uso de palabras o ademanes que tendieran a provocar determinados sentimientos en los jueces;
5. Se limitó a tres horas la intervención de cada orador.

En la sociedad griega, vale anotar, el ejercicio de asumir la defensa de terceros estaba prohibido a las mujeres; como, también se destaca el hecho, que en los comienzos la actuación era gratuita.

En la historia de la abogacía se menciona a Pericles, gran orador, como el primer abogado profesional de Grecia, y se atribuye a Demóstenes y a Esquines grandes cualidades de oradores (Demóstenes, el Padre de la oratoria) que, a su vez, eran logógrafos, es decir sabios del derecho que se daban a la tarea de redactar defensas para que fuesen leídas por sus clientes o defendidos.

Roma. A Roma se le atribuye haber dado origen a la denominación propiamente técnica de "abogados" en la voz latina de "*advocatus*", sinónimo de "llamado", designación o nominación que se aplicaba a aquellas personas a

quienes se recurría, por ser expertos en leyes, y para que asistieran a las partes en los litigios que se llevaban ante el Pretor. Un antecedente aún más remoto en la actuación de asumir la defensa de otro se encuentra en la monarquía romana, en la obligación que recaía en la figura de los “*patroni*”, quienes asumían defensas ante los tribunales de la monarquía romana, y conjuntamente con la obligación de defensa y socorro de sus clientes. En la medida que los negocios legales fueron aumentando y haciéndose cada vez más complejo el dominio y el conocimiento en la materia de los asuntos legales, surgió una clase profesional, la de los abogados, que, entonces, actuaban de asesores y o colaboradores de los “*patroni*” o patronos, y luego se independizaron como “defensores jurídicos patroni” durante la República Romana; siendo llamados más tarde “*advocati*” o “*causidici*” bajo el Imperio romano. También se les denominó “*cognitori*”, “*monitor*”, “*formulari*”, “*rhetor*”, “*tori*”. En los tiempos de Tácito todos estos diferentes títulos o nominaciones, oradores, patronos, declamadores y jurisconsultos se funden en una sola designación cual es la de “abogado”, “*advocati*”.

Los “*causidici*”, “*advocati*” y “*patroni*” de la Roma gloriosa tuvieron la más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que el proceso imperial impuso las limitaciones propias del nuevo sistema: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resultó prácticamente ilusoria en la primera etapa del proceso, para recobrar vida plena en el juicio oral. De manera gradual se va perfeccionando la reglamentación del ejercicio de la abogacía en Roma, hasta recibir los abogados ya en el Bajo Imperio Romano, un poder de organización a modo de “colegio”, que el Emperador Justino I condecoró con el honorífico nombre o denominativo de “orden de los abogados”. Entre los aspectos reglamentarios para ejercer la abogacía en Roma estaban:

1. Tener más de 17 años y haber estudiado el Derecho durante cinco años.
2. Se excluían a los que habían cometido actos indignos, a los sordos, a los ciegos y a las mujeres; no obstante, más tarde, el Código Teodosiano autorizó a las mujeres a alegar en sus propias causas.

3. Los abogados debían inscribirse en un cuadro (Rotulus) que existía en cada tribunal, según el orden de su incorporación.
4. Se disponía que los abogados fueran distribuidos a las partes con igualdad para evitar que una contratara los servicios de los más hábiles.
5. La Ley Julia establecía que cada parte podía tener hasta 12 abogados, pero sólo uno podía asumir la defensa oral.
6. La defensa oral fue limitada en los asuntos criminales a dos (2) horas para el acusador y en tres (3) para el acusado.
7. Sobre los honorarios profesionales, inicialmente la Ley Cintia, de la República autorizó al cobro siempre que hubieren sido espontáneamente ofrecidos; más tarde Augusto prohibió cobrarlos; mientras que emperadores posteriores levantaron la prohibición, pero fijaron límites asignado cuotas, como fue el caso bajo el Emperador Justiniano.

Ya organizados en "*collegium togaroum*" (nombre derivado de la toga blanca que debían vestir), los abogados reciben gran consideración y honores, y sobre la profesión decían los Emperadores León y Arthemio que "*prestan al género humano servicios no menos importantes que si expusieran sus vidas en los combates, para el bien de la patria y de las familias*".

De los textos de Historia del Derecho resulta que las invasiones germanas casi logran hacer desaparecer la profesión de abogados por las particularidades de sus procedimientos judiciales y probatorios. No obstante, al lograrse que se respetara el derecho de los pueblos vencidos los romanos reorganizaron la profesión de los abogados con la técnica legislativa romana y el latín. El derecho Hispánico-gótico (Libro de los jueces) hace expresa mención de los "voceros" y de los "personeros en juicio"; distinción que se hará más tarde en el derecho del Siglo XIII y particularmente en la legislación del "fuero real" y en el texto de la Ley de las Partidas.

En el "Fuero Juzgo", el acusado podía actuar personalmente o por intermedio de "mandaderos o personeros", que eran representantes y defensores de sus clientes.

En el proceso inquisitorio formal de Italia, el acusado recibía copia de las declaraciones testificales después de la indagatoria, y se permitía que fuera asistido por un defensor, el cual era designado, a veces, de oficio por el Juez; pero en el proceso inquisitorio sumarísimo, que en el siglo XVI llegó a practicarse en toda Italia, estaban ausentes las más elementales garantías de justicia. Según las Partidas, el defensor no podía asistir a la indagatoria. El Legislador francés llegó hasta prohibir, expresamente, la asistencia del defensor. Las Ordenanzas de marzo de 1498 y agosto de 1539, suprimieron la intervención del defensor, al establecer un procedimiento secreto. La Ordenanza de 1539, en su artículo 162, y la célebre Ordenanza Criminal de 1670, en su artículo 8, título XIV, establecieron paladinamente que: *"los acusados debían responder por su boca y sin la asistencia y el ministerio de otras personas"*. La ordenanza de 1670 llegó a establecer, como principio general, que los acusados no podían tener ningún defensor. La defensa técnica fue admitida sólo excepcionalmente, cuando se trataba de crímenes de peculado, concusión, bancarrota y otros de escasa importancia, o si la acusación tenía por objeto crímenes no capitales.

En las conferencias que precedieron a la Ordenanza de 1670, Lamoignon protestó contra el artículo que prohibía a los acusados tener un defensor: *"Es verdad -dijo - que, algunas veces, el defensor sirve para que los acusados eludan la acción de la justicia o para prolongar los procesos, pero si ha salvado a algunos culpables, también podría llegarse a que los inocentes pereciesen por falta de defensor; y entre todos los males que pueden producirse en la distribución de la justicia, ninguno es comparable con el de hacer morir a un inocente, por lo que sería mejor absolver a mil culpables. Es necesario considerar además, que el defensor que se acostumbra dar a los acusados no es jamás un privilegio acordado por las ordenanzas o las Leyes, sino una libertad adquirida por derecho natural, que es más antiguo que todas las leyes humanas; y si las ordenanzas han*

*cercenado a los acusados tantas otras ventajas es bien justo dejarles lo que les queda; principalmente, el defensor".*⁶

De manera pues, que el defensor fue excluido del proceso penal, por considerarse un personaje nefasto para la verdad y la justicia. Al producirse la Revolución Francesa, una de las reformas que introdujo la Asamblea Constituyente, fue la de abolir dicha prohibición, y desde entonces se afirmó, para siempre, el principio de que no es posible negar a los acusados la asistencia de un defensor. Por su parte, Robespierre se formuló la siguiente interrogante, en el seno de la Asamblea Constituyente, en 1790:

*"¿A quién pertenece el derecho de defender a los ciudadanos? A ellos mismos o a quienes han merecido su confianza", se contestó, propugnando así la autodefensa o la elección de un abogado de confianza. Y agregó: "Este derecho está fundado sobre los primeros principios de la razón y de la justicia: no es otra cosa que el derecho esencial e imprescriptible de la defensa natural. Si no me es permitido defender mi honor, mi vida, mi libertad, mi fortuna, por mí mismo, cuando yo lo quiero y cuando yo lo puedo, y en caso de que no tenga los medios, por medio de aquél que yo veo como el más ilustrado, el más virtuoso, el más humano, el más vinculado a mis intereses, entonces vosotros violáis a la vez, la Ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social"*⁷.

El artículo 10, del decreto de 8 de octubre de 1789, estableció que el acusado, cuando fuera dispuesta su captura por un crimen, tendría derecho a elegir uno o varios defensores, con los que podría conferenciar libremente en todo el curso de la causa, y se les permitiría siempre la entrada a la prisión.

En caso de que el acusado no pudiese tener defensor, agregaba, el Juez se lo nombraría de oficio, bajo pena de nulidad.

⁶ VÉLEZ MARICONDE. Derecho Procesal Penal. 3ª Edición corregida y aumentada; Ediciones Lerner: Buenos Aires (Argentina), 1963 t.II, Pág. 375 y 376.

⁷ Ibidem, Pág. 377.

Las disposiciones legales que aseguraban, principalmente el derecho de elegir uno o varios defensores, pasaron al Código Francés de 1808, que instituyó el sistema mixto propagado en Europa continental; pero como este cuerpo legal estableció una instrucción absolutamente secreta, donde el defensor tenía muy poco o nada que hacer, en realidad se desvirtuó el espíritu que animó originariamente a tales previsiones legislativas, mientras el debatido problema fue trasladado de ubicación. Desde entonces, se discutió si la instrucción podría ser secreta, como en el procedimiento inquisitivo, o si debía ser limitadamente pública, y si la defensa debía ser obligatoria, desde el primer momento o -simplemente-facultativa.

Cuando los españoles llegan a América, y en aquél proceso de trasplantar las leyes y legislación española en los territorios americanos, va introduciendo también la tradición europea la figura de los abogados, y así las leyes españolas que rigieron en América y obviamente al territorio centroamericano, traen el ejercicio de la abogacía en germen, y por medio del “fuero juzgo” (o Libro de los Jueces), que contiene normas relativas a los voceros o personeros, sentando las reglas para la actuación de quienes defiendan derechos de otros. Otros instrumentos legales españoles que traen a América la práctica de la abogacía son “las partidas”, el “ordenamiento de Montalvo”; en tanto que las Ordenanzas de Medina establece una reglamentación para las “ordenanzas de los abogados” allá por el año de 1495; en tanto que el Rey Carlos III, en 1765, dio a los abogados la consideración de nobles y caballeros. En la “novísima recopilación” se reunieron todas las normas sobre abogacía y su reglamentación y es hasta 1870 cuando fue regulado el ejercicio de la profesión de abogado en todos sus aspectos.

B).- Breve reseña evolutiva de los derechos fundamentales.

Un primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales se dio con las revoluciones burguesas del Siglo XVIII, la Francesa y la Estadounidense, hasta la segunda guerra mundial.

La Revolución Francesa, “(...) *para los constituyentes franceses en aquellos momentos históricos, confiar las libertades y los derechos a la historia habría significado consentir que las prácticas sociales e institucionales del antiguo régimen continuasen ejerciendo su influencia tras la revolución, y por ello, todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del privilegio y particularismo y, por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales e individuales y la soberanía de la nación*”.⁸ De ello, señalo que la Revolución Francesa, se encuentra bajo una fuerte influencia de la combinación de la doctrina individualista, caracterizada por que el individuo se centra en el ordenamiento jurídico como sujeto único de derechos, y el estatismo, donde el estado es la condición para la creación y tutela de los derechos y libertades de los individuos, y anterior al Estado no puede existir derechos, eliminando de sus horizontes todo elemento historicista, hubiera significado, confiar los derechos y libertades del antiguo régimen, es decir aceptar aquellas prácticas sociales y constitucionales de la tradición monárquica, por ello la revolución se dirige a destruir el pasado, siendo el enemigo para la revolución “*los estamentos de los privilegiados*”, lucha que tiene una doble dimensión: “*la eliminación de privilegios y el particularismo*”, pues tales privilegios impedían al pueblo la afirmación de sus derechos individuales, por lo que la lucha daría paso a favor de los derechos naturales individuales y la soberanía de la nación. La idea original de la Revolución Francesa fue idealista y pura, pero no dejó de pensar que poco tiempo después vino Napoleón y sus parientes. Sin embargo la novedad de la revolución fue aparecer de manera imprevista una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente como pueblo o nación, es decir la nación ejercita el poder constituyente sobre todo cuando decide un nuevo orden social- político que sustituye al viejo y el legislador elegido democráticamente

⁸ FIORAVANTI (Maurizio), “Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones”, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 59.

representa la voluntad general del pueblo (interprete legítimo del pueblo) como una garantía de que nadie ejerza coacción a otros sino en nombre de la ley general abstracta. Y, contra los privilegios se afirma la autoridad del legislador soberano, que con el instrumento de la ley hace posible los derechos en sentido individual, y el legislador no puede lesionar los derechos y libertades porque es necesariamente justo, y al mismo tiempo hace posible la representación de la unidad del pueblo, lo que fue concretado tal como aparece en “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”.⁹

La ley general y abstracta es la primera condición para la existencia de los derechos y libertades en sentido individualista y en ausencia del legislador firme y autorizado se caería en el detestable pasado de la sociedad de privilegios, pues cuanto más fuerte es el legislador refleja la voluntad general y en consecuencia se encuentra más seguras las libertades, por lo que en materia de derechos y libertades no vale la voluntad de unos contra otros, pues son abolidas las dominaciones de carácter personal por que solo la ley puede disponer de los individuos. Por tanto la revolución significó derrocar el régimen antiguo y dar paso a la soberanía del pueblo, entendida como poder del pueblo de decidir sobre la constitución y sobre las reglas del juego, está desconfía de los poderes constituidos y prohíbe cualquier control de constitucionalidad.

En cambio, en la Revolución Estadounidense, “(...) *no tenía ningún antiguo régimen que derribar. Ciertamente, también esta revolución tenía que provocar su propia ruptura, que en este caso consistía en la separación definitiva de la madre patria, en la proclamación de la independencia, pero se trataba de algo bien distinto, que no implicaba en absoluto la necesidad de definirse respecto al*

⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, y en su preámbulo reconoce que “*la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de los hombres son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos*” y agrega que tales derechos son naturales, inalienables y sagrados en un explícito reconocimiento de la concepción isunaturalista de sus autores.

pasado, como sucedía en el caso de la revolución francesa".¹⁰ La cultura americana de derechos y libertades del hombre, se encuentra bajo la influencia de la doctrina individualista y el historicismo, excluyendo de sus horizontes al estatismo, pues la revolución no persigue destruir ningún antiguo régimen pero sí tuvo que separarse de su madre patria (Inglaterra), y a diferencia de la Revolución Francesa, los estadounidenses sí estaban orgullosos de su tradición histórica y constitucional que hizo aportaciones de primer orden a la causa de los derechos y libertades del hombre, este hecho dio paso a la valoración del pasado y la tradición del *common law*, y es lo que la diferencia *a priori* con la Revolución Francesa. Pues el problema central surgió por la tiranía del monarca inglés, lo cual duró doce años (1765-1776), ante ello se reunieron los nueve representantes de las trece colonias en Nueva York, quienes impugnaron las decisiones fiscales adoptadas por el monarca, es decir se cuestionó la legitimidad de la imposición fiscal tomada sin el consentimiento de los colonos y de sus asambleas representativas ante el parlamento inglés, protesta que no se dio solo en el plano financiero sino también constitucional sobre los derechos y libertades de los colonos, pues los colonos vuelven contra Inglaterra los derechos y libertades del hombre, que ella históricamente había creado, dirigiéndose respetuosamente al monarca para recordarle que revoque sus tributos recordándoles que ellos también son súbditos, y que como tales viven bajo la antigua constitución británica, pues ninguno de los colonos quería inicialmente la independencia y todos se proclamaban fieles súbditos al rey. Ya en 1775 se pensó en crear una estructura política confederada con el monarca a la cabeza para preservar la unidad y con tantas asambleas representativas tenga, sería después deber del Rey de cada una de las asambleas reproducir para cada una de las unidades confederadas la tradición de la fórmula del gobierno moderado o equilibrado. De este modo el soberano en el futuro si quería gravar a una de las colonias debería obtener consentimiento de la asamblea representativa del pueblo y no del

¹⁰ FIORAVANTI (Maurizio). Óp. cit., p. 78.

parlamento inglés como había sucedido en 1765. Pero Inglaterra no admitía que las asambleas parlamentarias representativas de los colonos de origen confuso fuesen incorporadas al antiguo parlamento inglés, siendo el modelo constitucional británico caracterizado por una cámara alta fuertemente diferenciada de la cámara de extracción popular, por ello, rápidamente los colonos se dieron cuenta de que su propuesta caería en el vacío, y en este contexto se dio “La Declaración de la Independencia de 1776”¹¹ decidiendo separarse Inglaterra porque pensaron que se estaba amenazando todo el patrimonio histórico de los derechos y libertades, ahora en manos de un parlamento que se creía soberano e omnipotente y por ello pretende gravar a su antojo a los súbditos prescindiendo de su consentimiento, desconfía del legislador (no elegido por los colonos y a quien en esencia no conocen, pues sus intereses difieren a lo que estaban acostumbrados); por ello, confían los derechos y libertades del hombre a la Constitución, ya que de esa manera se controlará al legislador con una norma superior, pues el enemigo en la revolución es el estatalismo y la omnipotencia del legislador. En la revolución estadounidense se pretende que no exista un poder supremo, solo insta que existan poderes autorizados por la Constitución y un equilibrio de poderes entre ellos, dichos poderes se clasifican en legislativo, ejecutivo y judicial, donde la Constitución otorgará una serie de atribuciones, previniendo al mismo tiempo los modos de control de uno respecto del otro y se desarrolla el control difuso de la constitucionalidad de los jueces. La Declaración de la Independencia de 1776, muestra la doctrina de los derechos naturales individuales y el contrato social, está bien definido que en la revolución americana no existe en las instituciones ni en la sociedad colonia, un tirano al que derrotar, ni antiguo régimen que destruir, no tiene que afirmarse el dominio de la ley general abstracta, no tiene que codificarse un derecho privado fundado sobre el sujeto único de derecho común, sino más bien parte de la necesidad de oponerse a un legislador que actúa fuera de su

¹¹ La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, señala textualmente: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere el Creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, la libertad y la consecución de la felicidad. Que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos (...)”.

legítima jurisdicción, para ellos, tirano es un preciso y definido poder público que actúa de manera ilegítima y no todo un sistema como en la Revolución Francesa, pues existe una gran desconfianza frente a los legisladores en particular frente a la pretensión de encarnar la voluntad general, al estilo de ésta.

En consecuencia las revoluciones burguesas del siglo XVIII representan: “*La etapa del constitucionalismo moderno se caracteriza porque en ella se encuentra institucionalizada la protección de los derechos fundamentales y la división de poderes. De esa forma se el acta de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, la declaración de Virginia del mismo año, la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución francesa de 1791. De esta forma iniciamos el Constitucionalismo Moderno*”.¹²

A partir de la renovación democrática de los estados constitucionales luego de la Segunda Guerra Mundial, se inició una segunda fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional, es decir que no solo recoge los avances normativos del Estado social de derecho sino que se complementa con la *jurisdicción constitucional*, que se caracteriza por el “*principio de constitucionalidad*”,¹³ a esto se denomina el *Estado Constitucional de derecho*, donde existe el sometimiento de la leyes, normas jurídicas, actos de gobierno y aún de particulares a las normas constitucionales en un marco de respeto a los derechos y libertades ciudadanas. Por ende, la segunda fase histórica de los derechos fundamentales, se da en un

¹² VILCAPOMA IGNACIO (Miguel Pedro). El neoconstitucionalismo: conceptualización y perspectivas, en Revista *Semana Jurídica*, de la facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, N° 02, 2009, Huancayo-Perú, p.8.

¹³ *El Principio de Constitucionalidad*, tiene como fundamentos: a) *El Principio de Supremacía de la Constitución*: La Constitución es superior a cualquier norma legal, pues su superioridad proviene no solo del carácter fundante del Estado sino que establece las bases para el ordenamiento jurídico, orientado como debe desarrollarse; b) *El Principio de jerarquía de las normas jurídicas*: De la supremacía de la Constitución y su relación con otras normas emerge dicho principio, la que está en función de sus órganos y de su sentido funcional resulta el orden jurídico; c) *Principio de inviolabilidad*: De los dos anteriores principios, emerge el respeto a la norma constitucional, lo que significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada, sustituida por fuerzas que no expresen la voluntad de la mayoría del pueblo.

contexto de transito a la modernidad, y para ello recurrimos a la teoría de los derechos fundamentales, concepción que tiene por finalidad superar aquellas concepciones unilaterales como el iusnaturalismo y positivismo voluntarista, que trataban de explicarla, las cuales se caracterizan por ser extremistas y para superar tales perspectivas surge la *Teoría de los derechos fundamentales*, que es: “una concepción dualista que sostiene la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales y que deben por consiguiente ,ser estudiados en el primer nivel como filosofía de los derechos fundamentales. Interesa sobre todo aquí, el análisis de los factores sociales que han influido en su génesis y las corrientes de pensamiento que han contribuido a articular su actual sentido. Eso lleva a un análisis histórico, a mi juicio a este primer nivel desde dos perspectivas desde la perspectiva de la situación económica, social, cultural y política de cada momento y desde la perspectiva del pensamiento político y filosófico, que influido por ese marco socio económico, cultural y político, crea la filosofía de los derechos fundamentales (...) El segundo nivel de estudio el paso de la filosofía de los derechos fundamentales al Derecho de los derechos fundamentales, es decir la inserción de esos valores en normas jurídicas, en el derecho positivo y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos”.¹⁴

La Teoría de los derechos fundamentales, se ha desarrollado en el tránsito a la modernidad (la que se da mediante tres etapas: La primera por los cambios económicos, sociales donde apareció el capitalismo sustituyendo las estructuras políticas medievales por el estado, la segunda aparece la ideología liberal democrática, doctrina de los derechos humanos como limitación al poder político y garantizador del ámbito de autonomía para el desarrollo de la persona humana, y tercera la filosofía de los derechos del hombre, pues este se socializa e intenta superar el individualismo que es egoísta, aislado y se vuelve más comunitario), pero ello se da solo a partir del tránsito a la modernidad donde se piensa en servir

¹⁴ PECES BARBAS (Gregorio). Derechos fundamentales. Madrid, Latina Universitaria, 3era edición, 1980, ps. 25-27.

a la dignidad y desarrollo de la persona humana, y la manera de hacerlo es a través de la teoría de los derechos fundamentales, la que se desarrolla en dos niveles: El primer nivel: compuesto por la “*filosofía de los derechos fundamentales*”, en ese contexto se concibe los valores de los derechos fundamentales, como estructuras extraídas de la realidad histórica, pues están ordenadas-sistematizadas ya que tienen un fundamento propio, y se encuentra dentro de la filosofía democrática que tiene dos raíces: “el liberalismo” (comprende derechos de inspiración liberal como los civiles y políticos, siendo su base la “libertad”) y “el socialismo” (son fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales, siendo su base la “igualdad”); y El segundo nivel: corresponde la inserción de esos valores en el derecho positivo, y con ello se configura como derechos subjetivos de las personas, aunado a ello en este nivel se regula su ejercicio, fuentes y garantías. Por lo que los valores superiores de la libertad e igualdad son por su origen-histórico distintos, mientras la “libertad” explica el ámbito de autonomía del hombre en sociedad y limita los poderes del Estado, pues esta no cumple la función de generalización de dar a todos de manera efectiva y real, y será necesario para el progreso de los derechos fundamentales el componente “igualitario”, que completa y profundiza los derechos de libertad, que se expresa mediante la igualdad ante la ley y la no discriminación por motivos de origen, raza, sexo, condición social, orientación afectiva, idioma, etc, correspondiendo a los poderes políticos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y para todos los individuos. Por lo tanto los valores superiores como la libertad y la igualdad, cuando se incorporan en el Ordenamiento Jurídico conllevan una concepción dualista, y la forma que esos valores se incorporen son a través de los derechos y libertades fundamentales. Para muchos, la titularidad de los derechos fundamentales no sólo abarca a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, ello se dio a partir de la denominada teoría de la extensión de los derechos constitucionales, concepción que sostiene que las personas jurídicas por extensión de los derechos subjetivos de sus miembros que la componen, pueden

ser titulares de derechos fundamentales en ciertas circunstancias y siempre que su naturaleza lo permita, tengo mis reservas sobre este punto, ya que me es más fácil asimilar los derechos patrimoniales a las personas jurídicas que los derechos fundamentales como tales.

Los derechos fundamentales de la persona poseen un doble carácter, por un lado son derechos subjetivos y por otro son instituciones objetivas valorativas lo cual merecen toda la protección posible. Los derechos fundamentales tutelan intereses o necesidades primordiales como la libertad, el derecho a la vida, los derechos civiles, incluidos los derechos de adquirir y disponer los bienes objeto de propiedad, derechos políticos y sociales, en un ordenamiento jurídico determinado, intereses que no son posibles de ser negociados, sino que son prerrogativas no contingentes o inalterables, pues son *universales*, es decir están reconocidos a todos en igual forma y medida, por ello son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica, las libertades no se cambian ni se acumulan son *derechos omnium*, pertenecen a todos los sujetos, son personalísimos, invariables, e *indisponibles* pues están sustraídos de la esfera del mercado y de las decisiones políticas, indisponibilidad que se clasifica en: “indisponibilidad activa” (el sujeto titular no puede alienarlo, es decir por ejemplo no puede vender su libertad), y la “indisponibilidad pasiva” (no son expropiables o limitables por otros sujetos ni por el Estado), y la estructura jurídica de los derechos fundamentales, se da mediante un título en la ley y son conferidos a través de reglas generales de rango constitucional es decir son normas que imponen obligaciones y prohibiciones al Estado y demás individuos. Los derechos fundamentales, son inherentes a la dignidad humana, es decir la dignidad de la persona es fuente directa de la que la dimanen todos y cada uno de los derechos fundamentales de la persona, pues no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el Estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional, en consecuencia los derechos fundamentales operan como el

fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos, quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad. Cuando un individuo es señalado como posible autor o partícipe de un hecho delictivo, la defensa penal del mismo integra, sin duda alguna, el catálogo de los derechos fundamentales, pensar de otra manera sería atávico.

II.- EL DERECHO A SER PROVEÍDO CON UNA DEFENSA TÉCNICA.

A).- La necesidad de la defensa técnica.

En sentido amplio se define la defensa *“como aquella actividad que se ejercita durante todo el proceso con el fin de eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha producido con relación a una persona determinada”*¹⁵

La garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa se encuentra contemplada en el artículo 39 de la Constitución Política, el cual implica el reconocimiento de una serie de derechos, que son propios de toda persona, por la sola circunstancia de ser vinculado como el presunto autor de un hecho con naturaleza de delito.¹⁶

Por su parte el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos desarrolla todo un elenco de garantías judiciales relativas al derecho de defensa que le asiste al imputado, entre las cuales destacan: artículo 8.1.d: *“El derecho del inculpado a defenderse personalmente. e.- El derecho de ser asistido por un defensor de su elección y el derecho a comunicarse libre y privadamente con él. f.- Derecho a que se le nombre un defensor proporcionado por el Estado, en el caso de que transcurrido el plazo de ley no haya nombrado uno de su confianza.”*¹⁷

¹⁵ CRUZ (Fernando). *“La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho”*, San José, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito, primera edición, 1989 página 60.

¹⁶ En tal sentido, el artículo 12 del Código Procesal Penal, establece como derechos inherentes al imputado :El intervenir en actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas y derecho a que la autoridad judicial le reconozca todos los derechos que en tal condición le confiere la Constitución, el Derecho Internacional, Comunitario y la propia ley procesal penal le confiere.-

¹⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Art. 8.1, d, e y f.

En cuanto a legislación comparada, es conveniente citar que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América estipula que “*en todos los procesos criminales el acusado gozará del derecho... a contar con la asistencia de un abogado para su defensa*”.

Sin embargo, es hasta 1932 cuando la Suprema Corte Norteamericana declaró que el derecho de defensa era tan fundamental que la cláusula sobre proceso legal de la Decimocuarta Enmienda exigía que los estados brindaran la asistencia efectiva de un abogado a todos los casos de crímenes capitales. Seis años después, amplió la disposición a todos los acusados federales. La expansión de ese derecho continuó durante los años sesenta y setenta. En los años ochenta volvió a ampliarlo cuando la Corte dictaminó que los indigentes –cuya defensa se basara en la locura- tenían incluso derecho a contar con los servicios de un psiquiatra pagado con fondos públicos.

El llamado “**Primer Caso de Scottsboro**” –**Powell contra Alabama**¹⁸ en 1932, constituyó un hito en el sistema de justicia estadounidense con relación al derecho de defensa, por su importancia, procedemos a reseñarlo brevemente. Nueve jóvenes negros analfabetos, con edades oscilantes entre los trece y los veintiún años de edad, fueron acusados de violar a dos muchachas blancas en un tren de carga que pasaba por Tennessee y Alabama. El juicio se celebró en Scottsboro, Alabama, donde la comunidad se mostró tremendamente hostil contra los acusados. El juez nombró a todos los abogados incorporados a la “barra”¹⁹ local, ninguno compareció a defender a los acusados, pese a ello se exigió a un abogado de la ciudad que asumiera la representación de los acusados, lo que hizo de mala gana. Para sorpresa de nadie fueron condenados a muerte. Los imputados acudieron a la Corte Suprema alegando que se les había negado -de hecho- la asesoría legal, porque no tuvieron la oportunidad de preparar su defensa con el abogado asignado. La Corte Suprema falló a su favor siete votos contra dos. A continuación transcribo -en lo conducente-, segmentos de la resolución

¹⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 1932.

¹⁹ Debemos entenderlo como un conjunto de abogados autorizados para el ejercicio de la profesión en una asociación. Cada Estado de la unión tiene su propia barra.

redactada por el *Justice* George Sutherland, que ejemplifican acertadamente los principios de defensa que nos interesan: así *“Está de más decir que una vez concedido el derecho a un abogado, debe brindársele al acusado una justa oportunidad de asegurarse la asesoría que prefiera. No sólo no fue este el caso, sino que la designación del defensor, según se la llevó a cabo, resultó tan indefinida o tan próxima al juicio que equivalió a negar una asistencia legal efectiva y sustancial”*, además se expresó que *“A la luz de los hechos... la ignorancia y el analfabetismo de los acusados, su juventud, la atmósfera de hostilidad pública, su encarcelamiento y su estrecha vigilancia por parte de las fuerzas militares, la circunstancia de que sus amigos y familiares se hallaban en otros estados y que, por necesidad, era difícil comunicarse con ellos y, sobre todo el peligro mortal que corrían sus vidas nos lleva a opinar que la incapacidad del tribunal de ofrecerles tiempo y oportunidad para procurarse un abogado fue una clara negación del proceso legal. Pero... suponiendo que los acusados no pudieran contratar a un abogado aunque se les hubiera dado la oportunidad, como evidentemente lo supuso el tribunal, opinamos que, bajo las circunstancias descritas, la necesidad de asesoría era tan vital e imperativa que el hecho de no haberseles nombrado eficazmente un defensor, equivalió a negarles el proceso penal, de acuerdo con la letra de la Decimocuarta Enmienda. No necesitamos determinar aquí si esto mismo se aplicaría a otras causas penales o bajo otra circunstancia. Lo único que nos toca decidir ahora, y así lo hacemos, es que en un caso capital en el que el acusado no puede contratar a un abogado ni asumir adecuadamente su propia defensa por ignorancia, debilidad mental, analfabetismo o impedimentos similares, es deber del tribunal asignarle un defensor, ya sea que el acusado lo solicite o no, como requisito necesario del proceso penal; y ese deber no queda cumplido cuando el nombramiento se realiza en un momento o bajo unas circunstancias tales que impiden proporcionar una asistencia eficaz en la preparación y en el proceso de la causa.”* Finalmente, se incorpora esta parte del fallo que estimo vital, *“En muchos casos, el derecho a ser escuchado no serviría de nada si no comprendiera el derecho a ser escuchado por un asesor*

legal. Hasta el lego inteligente y culto tiene escasa preparación, y a veces ninguna, en la ciencia de las leyes. Por lo general, cuando se le acusa de un delito, es incapaz de determinar por su propia cuenta si el auto de acusación está bien o está mal. No está familiarizado con las normas que rigen las pruebas. Sin la ayuda de un asesor, podría ser llevado a juicio sin una acusación apropiada y condenado mediante pruebas insatisfactorias que no son pertinentes para la causa o que resultan inadmisibles por algún motivo. Carece de la habilidad y el conocimiento para preparar su defensa en forma adecuada, aunque tenga alguna que sea perfecta. Necesita la guía de un abogado que lo conduzca en cada etapa de los procedimientos en su contra. Sin ella, aunque no sea culpable, corre el riesgo de que lo condenen por no saber cómo demostrar su inocencia. Si esto es así con respecto a hombres inteligentes, lo es mucho más para los ignorantes y analfabetos, o los que padecen debilidad mental. Cuando, ya se trate de un caso civil o penal, un tribunal estatal o federal se niega arbitrariamente a escuchar una parte por boca del abogado, al que ella emplea y que actúa en su nombre, no hay razón para dudar que ese rechazo implica una negación de la audiencia y, por lo tanto, del proceso legal en el sentido que establece la Constitución.”

En el ámbito latinoamericano, la Constitución de la Nación Argentina de 1853, fue la primera en incorporar expresamente en su texto el derecho de defensa.

Íntimamente ligado a éste derecho fundamental se encuentra la garantía de no declarar contra sí mismo (principio *nemo tenetur*), de tal suerte, que solamente será válida aquella confesión rendida sin coacción de ninguna naturaleza -física, psíquica o moral-, y con las previas advertencias de tener la facultad de abstenerse de declarar y de hacerlo en presencia del defensor de su confianza. Pese a los apercibimientos expresos del Código adjetivo, es posible que persista la praxis del Organismo de Investigación Judicial de “entrevistar” al sospechoso, no sólo en ausencia de su abogado defensor, sino también del fiscal auxiliar encargado del caso.

A continuación, y por su importancia -transcribimos en lo conducente- fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en torno a dos casos muy notorios, en donde el *quid* del agravio en sus respectivos procesos de revisión (cuando esta causal existía), consistió en la vulneración al principio de defensa, los citados asuntos son el llamado "crimen de Colina" y el robo y homicidio en la Basílica de los Ángeles.

"G.- Igualmente debe examinarse si la defensa técnica fue adecuada a los intereses del imputado y a la debida tutela de sus derechos, pues el recurrente afirma que nunca conoció a su defensor, quien además fue nombrado un año después de su detención. (f. 64 y 65)...

...En primer término se vulneró el derecho de defensa de modo evidente cuando ni siquiera hubo intimación a los imputados por los hechos que les eran atribuidos, lo cual se corrobora con solo observar sus "declaraciones" en el expediente principal (ver indagatoria de Palacios en el Tomo I, fs. 39 y siguientes) siendo ello contrario a lo dispuesto, especialmente, por el artículo 251 y siguientes del Código Procesal Penal de 1910 y al principio de inocencia contenido en el artículo 39 de la Constitución Política. Asimismo se mantuvo a los detenidos incomunicados y bajo secreto de las diligencias judiciales por un plazo excesivamente mayor al permitido por las normas procesales de entonces (arts. 278 y 170 respectivamente del Código Procesal Penal de 1910. Ver f. 34 del Tomo I del expediente principal en que consta que el secreto se levantó más de un año después; y f. 63 del mismo Tomo en que la incomunicación se dejó sin efecto también un año después). Puede apreciarse igualmente en la causa principal, que los imputados estuvieron sometidos a la orden de las autoridades de policía sin ningún control, y que las supuestas "confesiones" por ellos rendidas se hacen sospechosas de la coacción física y moral a que se alude en las resoluciones del Consejo de Gobierno de marzo de 1968. En resumen, se advierte una actuación arbitraria de los oficiales encargados de la investigación y un deficitario control jurisdiccional que afectaron el derecho de defensa y del debido proceso (ajustado a las normas constitucionales y procesales de la época), pues se quebrantaron no

nuevos derechos o garantías sino los mismos que el ordenamiento jurídico anterior obligaba a respetar y tutelar dentro del Estado costarricense. Por tales razones es de rigor acoger el recurso de revisión y absolver a Lorenzo Palacios Rodríguez en aplicación del principio in dubio pro reo de acuerdo con el artículo 495 del Código Procesal Penal actual, anulando todo lo actuado en su perjuicio. Al respecto cabe aclarar que pese a referirse el presente asunto a vicios de orden formal (cuestiones procesales) y no propiamente de fondo, la imposibilidad material de efectuar un juicio de reenvío ajustado a derecho, con indagaciones probatorias prácticamente imposibles de cumplir dado el largo tiempo que ha transcurrido desde que ocurrieron los hechos, la desaparición física de rastros, testigos e incluso imputados (además de los cuestionamientos que podrían surgir sobre la procedencia o no del instituto de la prescripción) hacen que esta Sala se incline por resolver el asunto de la manera anteriormente indicada..”²⁰

Para mayor *inri* del derecho de defensa en la historia judicial de nuestro país, el proceso contra José León Sánchez, resulta también paradigmático:

“...No obstante lo anterior, es claro que la decisión que adoptó el juez penal (confirmada por el ad-quem), negándole al imputado todo acceso al sumario, trastocó sensiblemente sus posibilidades de defensa, lo cual no encuentra ninguna justificación en los problemas logísticos de falta de seguridad que presentaba la cárcel cartaginesa, pues los mismos no le podrían ser atribuidos a aquel. En lo que respecta a este punto concreto que se analiza, la citada resolución de la Sala Constitucional indica lo siguiente: “... la negativa del juez para que el imputado, actuando como su defensor acceda al expediente con el fin de apelar la resolución de primera instancia, cuando es injustificada, pueda (sic) constituir una violación al

²⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. V. 462. San José, a las diez horas veinte minutos del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.- Recurso de revisión interpuesto en la presente causa seguida contra LORENZO PALACIOS RODRIGUEZ, mayor, casado, obrero, de nacionalidad nicaragüense, con Pasaporte número C-165855, vecino de Managua, por los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO, VIOLACION Y PROFANACION DE CADAVERES en perjuicio de CARLOS LUIS ARIAS ACUÑA Y OTRA.

debido proceso. De ello se desprende que la intervención del defensor y el ejercicio de la defensa no puede (sic) coartarse, a menos que colisione seriamente con otro interés que resulte preponderante en razón de los fines del proceso ...” (folio 1447 frente, líneas 14 a 21). Con base en este extracto, resulta evidente que el vicio invocado por el gestionante en efecto ha ocurrido, pues al mismo se le negó el libre e irrestricto acceso al contenido del expediente sin una razón atendible que justificara tal limitación, pues -insistimos- ésta no podría sustentarse válidamente en el hecho de que la cárcel de Cartago no cumplía con los cánones mínimos de seguridad que se requerían, ello por la sencilla razón de que tal circunstancia jamás podría atribuírsele ni perjudicar al acusado. Un elemento que viene a corroborar la absoluta imposibilidad que tuvo el imputado de consultar y estudiar el expediente a efecto de ejercer adecuadamente su defensa, sobre todo con miras a presentar su alegato de bien probado y, posteriormente, a impugnar la decisión condenatoria de primera instancia, lo constituye el hecho de que -a pesar de que al final de cuentas sí logró ejercer ese remedio procesal- lo tuvo que hacer a “ciegas”, es decir, sin poder conocer ni objetar los aspectos particulares de la decisión, cuyo contenido desconocía por completo. En efecto, según se desprende de las actuaciones registradas por escrito, una vez dictada la sentencia condenatoria por parte del Juez Penal de Cartago, ello mediante resolución de las 14 horas del 15 de julio de 1955 (folios 915 a 957), de la misma, y mediante el trámite de comisión (folio 959), sólo se notificó a los condenados la parte dispositiva, siendo que, por no haber tenido la posibilidad de estudiar el sumario ni de conocer el contenido integral de la decisión que le era adversa, simplemente - en el propio acto de recibir la notificación- estos le indicaron al funcionario judicial encargado de la diligencia “... que apelan ...” (ver acta de folio 960 vuelto, líneas 15 a 17), de donde se colige la seria restricción al ejercicio de la defensa que afrontó el aquí gestionante. Es claro, entonces, que en el caso concreto que ahora nos ocupa esta irregularidad procesal, junto con otras que de seguido se citarán, en su conjunto vinieron a menoscabar gravemente las posibilidades de defensa material y técnica del gestionante Sánchez Alvarado, pues no obstante sus

continuos ruegos en tal sentido no gozó de un acceso libre e irrestricto a las actuaciones cumplidas y asentadas por escrito en el expediente.

... Al recibírsele declaración indagatoria el día 9 de junio de 1950 en la Escuela Militar de Guadalupe, José León Sánchez confesó ante el Juez Tercero Penal abierta y detalladamente su participación en el hecho que se investigaba, involucrando además a los coimputados Figueredo y González. En esta declaración evacuada en sede judicial se advierten varios vicios graves: en primer término, el acusado no contó con defensor que le representara en dicha diligencia (situación constante a lo largo de todo el proceso y hasta su fenecimiento), pues lo que se hizo -ante la creencia de que para ese momento aquel era menor de edad- fue nombrársele como curador al señor Santos Quirós Navino (criminólogo adscrito a la policía administrativa, lo que ya de por sí resulta irregular). Esto significa que el señor Sánchez Alvarado asumió su propia defensa a pesar de que no tenía ningún conocimiento en derecho (práctico o teórico) que le colocara en condiciones mínimas para ejercer una efectiva defensa técnica durante el proceso. Aparte de lo anterior, esta garantía también se vulneró cuando la autoridad jurisdiccional, una vez cumplida la diligencia y habiéndose ya obtenido la confesión circunstanciada del reo, le advirtió que tenía derecho a nombrar un defensor, ante lo cual el detenido expresó que no lo nombraría (folio 46 frente, líneas 4 a 7). Esta ausencia de patrocinio letrado durante la tramitación del proceso podría no ser esencial pues la legislación procesal vigente en ese momento lo permitía (artículo 269 del Código de Procedimientos Penales de 1910), sin embargo en las circunstancias en que tal renuncia se produjo en este caso concreto debemos concluir que afectó sensiblemente el derecho de defensa del encartado. Nótese que tal pedido del reo no surgió de manera espontánea, sino que más bien del estudio de las actuaciones cumplidas se colige sin mayor dificultad que ello se debió a la imposibilidad del juzgador de proveerle de un defensor que asumiera dicho cargo, pues primeramente la comunidad de abogados de la ciudad de Cartago, y luego los de todo el país (incluidos los estudiantes de derecho), por motivos religiosos no aceptaron de ningún modo

figurar como defensores de ese “... bochornoso y sacrílego asunto ...” (folio 366 frente, línea 11), de esos “... abominables hechos ...” (folio 370 frente, línea 7), o de ese “... ignominioso asunto ...” (folio 370 frente, línea 15), estimándose algunos –incluso- ofendidos por tal designación, lo que prácticamente indujo al aquí impugnante a gestionar su propia autodefensa bajo la condición de que se le permitiera el acceso al expediente. Fue tan vehemente la negativa de los abogados y estudiantes de derecho del país en asumir el cargo de defensor en esta sumaria, que -a raíz de una solicitud de la Corte Suprema de Justicia ante el Ministerio de Justicia- la Asamblea Legislativa se vio en la necesidad de promulgar una ley especial, aplicable para este caso en concreto, que señalaba la obligación de proveerle un defensor a los imputados en este asunto, pues por la conmoción social que había provocado el hecho delictivo que se les atribuía, nadie quería asumir esa labor de defensa. Se trató de la Ley N° 1602, de 16 de julio de 1953, publicada en la Gaceta N° 155 del mes de julio del mismo año, la cual indicaba de manera específica al Juez Penal de Cartago que les nombrara defensor de oficio a los procesados en esta causa en particular, y que el dinero para remunerar a dichos defensores debía ser aportado por el Poder Judicial, de una partida llamada “de eventuales”. Pero todo este esfuerzo fue infructuoso porque ni aún así se logró encontrar un abogado que lo defendiera, obligándosele a asumir en forma personal su propia defensa, no obstante no tener ningún conocimiento técnico para hacerlo. Todas estas situaciones que se han descrito, valoradas de forma integral, en este caso en particular hacen necesario acoger la demanda incoada, al tornarse en ilegítima la decisión.

IV.- INCIDENCIA DE LOS VICIOS EN EL DICTADO DE LOS FALLOS.

Para determinar con precisión cuál fue la incidencia de estos yerros procesales descritos en el dictado de las sentencias que aquí se impugnan, basta con realizar una cuidadosa lectura de éstas, por cuanto de ello se advierte que los hechos tenidos por demostrados son una copia literal del relato hecho por el imputado durante la mencionada declaración indagatoria de folios 38 a 46, es decir, la reconstrucción del acontecimiento histórico sujeto a investigación se apoyó de

manera determinante y esencial en esa confesión rendida en sede jurisdiccional sin que -por las razones que se expusieron supra- durante la misma se contara con patrocinio profesional (comparar folios 38 vuelto, línea 1 en adelante, con folio 923 frente, línea 20 en adelante). Aparte de este dato de por sí revelador, el propio juzgador en reiteradas oportunidades señala de forma expresa que la decisión en efecto se sustentó en la pieza cuestionada (folio 926 vuelto, líneas 7 a 9; folio 927 vuelto, líneas 7 a 9; folio 930 vuelto, líneas 4 a 8; folio 932 frente, líneas 7 y 8), aceptando incluso que, refiriéndose a Sánchez Alvarado, "... la participación del primero está comprobada por propia confesión contenida en su primera indagatoria rendida en autos, que concuerda en cuanto a sus más mínimos detalles con los datos aportados al proceso por la Dirección General de Detectives y con determinados extremos de lo declarado por Figueredo y González ..." (folio 936 vuelto, líneas 26 a 30). Conviene aclarar que estos informes policiales a los que se hace referencia también se originan y dependen de la confesión extrajudicial rendida en forma oral por el acusado con motivo de intensos interrogatorios (folio 99, líneas 4 a 11). Además, en las dos declaraciones que se mencionan, rendidas por los coimputados Figueredo y González, se advierten las mismas violaciones procesales ya analizadas (folios 83, 105, 145 y 179 a 180), de lo cual resulta claro que la base probatoria del pronunciamiento resulta ilegítima, conforme se analizará en el siguiente considerando. Aunado a lo anterior, y como yerro más grave aún, debemos mencionar que -por las serias limitaciones que se le impusieron- el imputado Sánchez Alvarado no estuvo en condiciones de estudiar el expediente con el fin de ejercer su defensa. En concreto no pudo presentar el escrito final de conclusiones, con el fin de alegar lo que estimara indispensable en su favor y, posteriormente, tampoco pudo tener bases para justificar en forma adecuada el recurso de apelación contra de fallo condenatorio de primera instancia, pues debió plantear dicha impugnación sin conocer el contenido de la sentencia, ni las razones que se expusieron en la decisión en apoyo del juicio de culpabilidad, lo que le impidió fundamentar sus reproches y quejas contra el fallo condenatorio. Lo dicho hasta aquí permite concluir sin mayor

dificultad que la decisión condenatoria impugnada en virtud de las sentencias de primera y segunda instancias, adolece de graves vicios constitucionales que afectan su legitimidad.

V.- CONSECUENCIAS PROCESALES. En lo que respecta al motivo identificado como número 2 de la acción que nos ocupa, según se explicó supra, al evacuar la consulta preceptiva correspondiente, la Sala Constitucional se pronuncia en cuanto a un tema de gran relevancia para la solución de la queja interpuesta, esto es, lo relativo al derecho de libre acceso al expediente a efecto de ejercer el recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia: “... debemos señalar que el derecho de defensa comprende también, la defensa **efectiva y real** ante los tribunales de justicia, de la que se infiere el derecho de audiencia que conforma el debido proceso la negativa del juez para que el imputado, actuando como su defensor acceda al expediente con el fin de apelar la resolución de primera instancia, cuando es injustificada, pueda (sic) constituir una violación al debido proceso. De ello se desprende que la intervención del defensor y el ejercicio de la defensa no puede (sic) coartarse, a menos que colisione seriamente con otro interés que resulte preponderante en razón de los fines del proceso...” Sala Constitucional, voto N° 5347-98, de las 10:09 horas del 24 de julio de 1998, (folio 1447 frente, líneas 5 a 21). Como se desprende del anterior extracto, de los términos en los que aparece redactado el pronunciamiento de la Sala Constitucional se advierte una idea fundamental, a saber, que resulta violatorio del debido proceso el que se le niegue al acusado (actuando como su propio defensor) el libre acceso al expediente a fin de que ejerza directa y personalmente su derecho de impugnar el fallo de instancia, situación que, según se explicó anteriormente, se presentó en la especie. Aunado a este yerro también se advierte que en este caso la situación del encartado se vio agravada por el hecho de que, no obstante los esfuerzos del Juez Penal de Cartago en ese sentido (ver autos de folios 361 frente, 367 vuelto, 368 vuelto, 373 frente y vuelto, 378 frente, 381 frente, entre otros), ningún abogado ni estudiante de Derecho del país aceptó el nombramiento de defensor en este asunto, el que incluso llegó a calificarse de ignominioso,

abominable, sacrílego y bochornoso (folios 366, 370, 371), siendo que dicha situación no podría atribuírsele al acusado ni afectar sus derechos y garantías. En cuanto a este aspecto se presenta como reveladora la propia manifestación que externó la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia al anular el auto de prisión y enjuiciamiento dictado por el Juez Penal de Cartago a las 14 horas del 20 de mayo de 1952 (folios 321 a 340), ello precisamente debido a que los imputados no contaban con patrocinio, al explicar que "... el artículo 134 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los tribunales nombrarán defensor de oficio a los menores, viudas, inhábiles, personas desvalidas (sic), a los ausentes y reos que no tuvieren quien los represente y defienda en los negocios judiciales en que fueren interesados, salvo que los reos prefieran defenderse por sí mismos en los casos permitidos por la ley ..." (folio 359 vuelto, líneas 7 a 12). Como se aprecia en el presente caso el derecho de defensa del aquí gestionante se vio seriamente menoscabado por los yerros procesales que se han hecho notar, pues se trataba de un joven de 21 años sin ninguna preparación técnico-jurídica, quien por ello y por los obstáculos que le impusieron las autoridades judiciales para estudiar la causa, no estaba en posibilidad de ejercer una defensa adecuada ni efectiva, todo lo cual implicó una evidente desnaturalización de ésta, ya que si bien nominal y formalmente se cumplió con la exigencia legal al tenérsele por defendido en forma personal, en lo actuado no se dieron las características de idoneidad, capacidad y eficacia requeridas al efecto, y aún cuando las hubiere tenido, tampoco hubiese podido ponerlas en práctica porque se le obstaculizó materialmente esa posibilidad al encontrarse detenido, y no autorizársele el acceso al expediente más que por escasas horas durante todo el proceso, lo cual constituye una violación a derechos constitucionales básicos, pues como muy bien lo afirma el profesor Maier, la legitimidad de la defensa radica en su eficacia (DERECHO PROCESAL PENAL ARGENTINO", editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires. 2ª edición, 1989. Tomo I, volumen a, página 197). Se trata de quebrantos muy particulares, que ocurrieron en este proceso, agudizados por la fuerte reacción de censura que provocaron en la comunidad, al tratarse de un

homicidio y de la sustracción de la imagen de la Virgen de los Angeles, Patrona de Costa Rica. Estos vicios le restan toda legitimidad y eficacia a la decisión condenatoria que se adoptó, por cuanto se hace manifiesta la inobservancia de las garantías constitucionales de defensa material y técnica. En virtud de lo expuesto, la sanción procesal que procedería de ordinario resultaría ser la declaratoria de nulidad de las actuaciones viciadas, incluyendo las dos sentencias objeto de la presente acción, lo que implicaría disponer también un reenvío para su adecuada sustanciación y rectificación conforme a Derecho. No obstante lo anterior, es claro que -por haber transcurrido más de cincuenta años desde que se perpetró la conducta delictiva que originó este proceso- el reenvío resultaría infructuoso, por cuanto es evidente que las personas involucradas en el asunto (imputados, testigos, funcionarios policiales y ofendidos) en su mayoría han fallecido o no son localizables. Debido a lo anterior, y sin que esta Sala esté afirmando la inocencia del acusado José León Sánchez Alvarado en los hechos ilícitos que se le atribuyeron, ni prejuzgue tampoco sobre su culpabilidad, con base en el principio de IN DUBIO PRO REO²¹ al mismo se le debe absolver de toda pena y responsabilidad por los hechos delictivos que se han venido atribuyendo. De igual modo, y a consecuencia de lo resuelto, se ordena la cancelación del asiento respectivo en el Registro Judicial. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto a los demás agravios que se formulan en la acción. Por último cabe agregar que no se dispone de oficio la aplicación del efecto extensivo a favor de otros sentenciados, en virtud de que los motivos en que se sustenta la invalidación del fallo son referidos exclusivamente al imputado Sánchez Alvarado, y no se ha verificado que tales vicios también hubiesen concurrido en perjuicio de los demás. En especial se toma en cuenta que el imputado Sánchez reiteradamente le solicitó al Juez Penal de la causa que le permitiera acceso al expediente, y este último se lo

²¹ Sobre el contenido de este principio, ver infra, p. 63.

negó. Tal situación no se ha verificado en los demás, al menos en este proceso de revisión.”²²

En materia de prueba y su relación con el derecho de defensa, al imputado le asiste la garantía de intervenir en todos aquellos actos procesales que incorporen prueba al proceso (ello implica el ejercicio de la defensa material), obviamente con el adecuado asesoramiento de su defensor, en lo que respecta a legalidad, procedibilidad de la prueba y medio empleado para su obtención, y la aplicación de medidas de saneamiento en materia de pruebas, si fuera necesario tal instituto.

Por otra parte, también rige el principio de que el derecho de defensa es irrenunciable desde el primer acto de la persecución penal, hasta el final de la ejecución de la sentencia, de tal suerte que *“Cualquier acto inicial del procedimiento, aunque no sea estrictamente judicial, hace surgir el derecho de defensa. No se requiere por tanto que ninguna autoridad judicial formule una declaración o una orden en contra del acusado”²³*

En consecuencia: *“La calidad de imputado no se adquiere mediante un acto jurisdiccional formal; basta cualquier acto inicial del procedimiento, dirigido en contra de un ciudadano, entendiéndose el vocablo “procedimiento” en un sentido muy amplio, abarcando los actos preprocesales, tal como algunos catalogan los actos de investigación del sumario de prevención policial”²⁴*

Se entenderá por primer acto del procedimiento, cualquier actuación policial o judicial que señale a una persona como el posible autor o partícipe de un hecho punible, -aspecto que en alguna medida- ha generado controversia a raíz de la facultad concedida a la Policía Judicial, respecto a la entrevista que le pueden

²² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 1278- a las quince horas del 14 de octubre de 1999. Procedimiento de revisión, interpuesto en la presente causa seguida contra JOSE LEON SANCHEZ ALVARADO, mayor de edad, soltero, periodista, vecino de San José, por el delito de HOMICIDIO CON OCASIÓN DE ROBO, en perjuicio de MANUEL SOLANO TORRES y LA BASILICA DE NUESTRA SEÑORA DE LOS ANGELES.

²³ DE LA RUA (Fernando), Enciclopedia Jurídica, Buenos Aires, Editorial Omeba, primera edición, Tomo XV, 1982, página 257.

²⁴ CAFFERATA NORES (José), El imputado, Buenos Aires, Editorial Lerner, Primera Edición, 1982, p. 17.

hacer a un imputado, en tal sentido dispone el artículo 286 C.P.P.: *"Atribuciones. La policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones: ... h.- Entrevistar e identificar al imputado, respetando las garantías establecidas en la constitución y en las leyes."*²⁵

Ello debe integrarse con lo preceptuado en el ordinal 98 del mismo cuerpo legal, que dispone que la Policía no podrá recibir declaración al imputado, se supone que la entrevista a la que alude el número 286, se refiere a la identificación del acusado y la declaración gira en torno al contenido de la acusación.

Con fundamento en un sistema de corte preponderante acusatorio reformulado, como pretende ser el Código Procesal Penal vigente, considero que estas entrevistas de identificación del imputado, acorde con lo que se ha expuesto, deben ser realizadas en presencia de un abogado defensor capaz de tutelar los intereses de su defendido, por cuanto la práctica judicial ha demostrado que la policía judicial podría tratar de obtener prueba por medios ilegítimos y disfrazarla luego en su informe al Ministerio Público (siendo información recibidas de la propia voz del encartado), con la consabida máxima de "informes confidenciales" u otro artificio.

Así, la actitud correcta es que *"la participación de la defensa, en lo que a obtención de la prueba se refiere, asume un papel más protagónico y activo toda vez que la búsqueda de las pruebas deja de ser patrimonio del juzgador, la reforma instrumentaliza que la defensa puede proponer la práctica de diligencias, que sólo están condicionadas por la pertinencia y la utilidad; que son junto a la legitimidad de la prueba, aspectos medulares de la posterior valoración."*²⁶ (El lineado no es del original).

La defensa técnica -a diferencia de la correlativa material- presupone la activa participación de un profesional del derecho en labores de asistencia al acusado, sea éste capaz de pagar honorarios a un abogado privado, o bien que el servicio de defensa sea suplido por el Estado a través de un defensor público o en

²⁵ Código Procesal Penal. Ordinal 286.

²⁶ ARMIJO SANCHO (Gilbert), Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, pág. 86.

su defecto, uno de oficio (como se indicó esta posibilidad ha quedado en desuso dado que existen muchas plazas en la Defensa Pública).

Conforme al derogado Código de Procedimientos Penales costarricense de 1973, se llegó a confundir muchas veces al buen defensor técnico con quien más incidentes de nulidades presentaba, con lo que más bien se propiciaba una expectativa de un proceso lleno de vicios y quebrantos a los derechos fundamentales del imputado, tornando sinuoso el rumbo sin que ello implicase un buen desempeño.

En este sentido, el Dr. Gilbert Armijo ha indicado que *“En síntesis, en este período un buen defensor técnico era aquel que utilizaba como instrumento las nulidades . Evitaba así que algunas de las pruebas de cargo -consideradas esenciales- fueran incorporadas al proceso. Los que estuvimos en la defensa y los que están ahora saben que esto es así.”*²⁷

Evidentemente el panorama varió cuando la Sala III y el Tribunal de Casación, con tino, y en su momento, admitieron la “supresión hipotética” de dichas pruebas obtenidas en detrimento de las garantías constitucionales, siendo así que al adoptarse la “Teoría de los frutos del árbol envenenado” de procedencia jurisprudencial anglosajona, la utilización de las nulidades como vicio de impugnación tendió al desuso.

Un interrogante de gran importancia es: ¿se cumple con la garantía de una defensa técnica obligatoria e indispensable, cuando el abogado defensor no tiene la capacidad y experiencia suficiente para desempeñar una buena labor? En este sentido, cabe reseñar que la obligatoriedad de la defensa técnica presupone la diferenciación entre un profesional en derecho y un lego quien es el defendido. La arista en discusión, consiste en la amplitud de la brecha entre uno y otro; es decir, cuando el abogado -sea contratado privadamente o asignado por el Estado- no reúne un nivel óptimo de desempeño. También es necesario el desarrollo de una sana empatía entre el profesional y el defendido, guardando cierta distancia

²⁷ ARMIJO SANCHO (Gilbert), ¿ Atenta la etapa preparatoria contra el derecho de defensa?, en Sistemas penales y derechos humanos . Conamaj, San José, Costa Rica, 1997, p.172.

profiláctica y mucha prudencia, ya que como han indicado Roxín, una defensa óptima sólo es posible sobre la base una relación de confianza entre el defensor y el procesado.²⁸

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en materia de revisión (cuando ésta era amplia), indicando que debe señalarse un yerro u omisión concreta del profesional a efectos de valorar los potenciales efectos de dicha actuación sobre el resultado del fallo. No se omite indicar que la mayoría de estos procesos de revisión sustentados en este motivo no prosperaban. En la actualidad, siendo que la violación al derecho de defensa ya no es una causal de revisión del fallo, los remedios procesales a estos quebrantos deben plantearse de manera previa y oportuna.

Como bien indica Alexander Rodríguez *“La situación particular de quien es sometido a un proceso penal, en el que desde etapas tempranas del procedimiento, se enfrenta al poder represivo del Estado, representado por los agentes policiales y los fiscales conductores de la investigación, obliga, por justicia, que exista un profesional que lo asista técnicamente en su defensa”*.²⁹ Es decir, se trata de proveer al acusado –un cierto equilibrio- frente a la fuerza real del *ius puniendi* estatal, respecto al cual sin la defensa letrada se encontraría aún más indefenso.

Conviene recordar, que el derecho de defensa –como lo conocemos hoy- es un fenómeno relativamente reciente *“El llamado derecho a la defensa es, como garantía frente al poder estatal, en verdad un producto moderno, que nace con el Estado de Derecho.*

²⁸ ROXIN CLAUS. Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal, Pág.58. Colección Autores de Derecho Penal. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni Editores. 2007.

²⁹ RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander), Ejercicio de la defensa técnica en la citación directa, Revista de Ciencias Penales, San José , N° 12, diciembre de 1996, , p. 94.

En materia penal, él fue reconocido por el derecho postrevolucionario, en principio, sólo durante el juicio público, pues, durante la instrucción preliminar, la conservación de todas las reglas de la inquisición fue un hecho indiscutido: encuesta escrita, secreta sin debates ni defensa.

Sin embargo, ya a la finalización del Siglo XIX tal derecho fue reconocido aún durante la instrucción preliminar, con limitaciones: facultad de designar un defensor desde los comienzos de la persecución penal y siempre antes de la primera declaración sobre el hecho imputado, derecho de inspección de las actas escritas, secreto limitado de la investigación, derecho de intervenir personalmente y de ser anoticiado para ello en aquellos que anticipan prueba para el debate. Por peligro de pérdida con su demora o imposibilidad de realizarlos en el juicio público, derecho de contradecir las medidas de coerción principales.”³⁰

Podemos concluir entonces que la obligatoriedad del derecho de defensa técnica se origina en el desequilibrio de poder entre el Estado persecuidor y el ciudadano que es acusado, quien casi nunca tiene conocimientos de derecho penal que le permita enfrentar al Leviatán; de forma que en un Estado democrático se hace necesaria la asistencia letrada y la misma como tal se entiende irrenunciable, salvo que el inculcado sea abogado y decida defenderse a sí mismo.³¹

Pese a que el numeral 93 del Código de rito establece el nombramiento de un abogado de previo a declarar sobre los hechos, el artículo 100 *in fine*, -abre al menos normativamente- la posibilidad de que una persona se represente a sí misma sin ser un profesional en derecho, en la medida en que no perjudique la defensa técnica. En la práctica forense, la experiencia del suscrito sugiere lo poco conveniente de tal hipótesis. De igual manera, no parece recomendable la defensa

³⁰ GARITA VÍLCHEZ (Ana Isabel) y Otros, La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno, San José, ILANUD, 1991, p. 13.

³¹ En este sentido, el artículo 13 del Código Procesal Penal reza: “*Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.*”

de un familiar cercano, por cuanto se pierde una cierta distancia profiláctica que es útil para la solución técnica de la causa. El Código de Procedimientos Penales de 1973, contemplaba implícitamente en materia contravencional, la posibilidad de que un acusado no abogado se defendiera en pleno ejercicio de la defensa material.³²

B).- El carácter indispensable de la defensa técnica.

Para poder justipreciar la indispensabilidad o no de la defensa letrada, debe analizarse primero la naturaleza jurídica del citado patrocinio. El derecho a la defensa técnica es un derecho constitucional público y subjetivo³³.

Siendo que el artículo 39 de nuestra Carta Fundamental consagra de alguna manera el derecho de defensa, no debemos soslayar el hecho clave que da consistencia a todo el “armazón” jurídico, lo dijo sabiamente Kelsen: “*La validez de la Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico*”.³⁴ Por ello cualquier interpretación de una norma positiva -en este caso- aludiendo al derecho de defensa, necesariamente debe ser acorde a la Norma Fundamental, esta es la hermeneútica por antonomasia.

Dicho derecho implica la designación de un abogado defensor, por parte de todo imputado, desde el primer acto de la imputación (que como vimos puede ser prejudicial) y durante todo el proceso. Esta prerrogativa implica la obligación del Estado de proveer al acusado un defensor público o de oficio en caso de no disponer de capacidad económica para la contratación de un letrado privado.

El contenido esencial del derecho de defensa técnico, normativizado por el numeral 39 de la Constitución Política costarricense se puede sintetizar en tres postulados básicos:

³² Cfr. Art. 424 del Código de Procedimientos Penales de 1973.

³³ GÓMEZ COLOMER (Juan Luis), La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 124.

³⁴ KELSEN (Hans), Teoría general del derecho y el Estado, Traducción de Enrique García Mainez, México, Universidad Autónoma de México, 1969, p.135.

- 1.- Todo imputado tiene derecho a un abogado (hasta dos) que se encargue de su defensa.
- 2.- Desde la imputación³⁵ e incluso hasta la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.
- 3.- Si el acusado puede costearlo, se respetará la elección de su abogado privado, caso contrario se le asignará uno público, o en su defecto uno de oficio.

En la práctica forense, se examina la posibilidad de graves desacuerdos entre un defensor público y su representado, quien puede solicitar a la jefatura respectiva un cambio de abogado, aunque no siempre es posible complacer al justiciado en este sentido. *Contrario sensu*, quiere decir que el indiciado que puede costear los servicios de un abogado particular no tendría mayores dificultades (en principio) en contratar los servicios de otro profesional en caso de insatisfacción por la gestión.

Si se ha dicho por parte de los entendidos que el derecho penal es *per se* selectivo, digo más: la selectividad del derecho penal no se agota con sus destinatarios, pues aún entre ellos persisten las mismas diferencias sociales que se advierten en el conglomerado humano no sometido a esta rama del derecho.

La defensa del procesado es un derecho íntimamente unido al ser humano, es un derecho natural. Y de acuerdo a Carnelutti se basa en un principio de contradicción, así *“El juicio es síntesis de Acusación y Defensa, no se puede dar acusación sin defensa, lo cual es un contrario y por eso un igual de la acusación. De esto se deduce que la defensa es producto de la contradicción existente, siendo por lo tanto irrenunciable.”*³⁶

Carnelutti, acogiendo una línea de pensamiento de resonancias hegelianas, deduce que se trata de una posición dialéctica de elementos que remite a una tríada lógica de la acción como tesis, la defensa como antítesis y la decisión

³⁵ Vale indicar que el ordinal 109 del Código Procesal Penal establece: *“Entrevista con los detenidos. El imputado que se encuentre detenido, incluso ante la policía tendrá derecho a entrevistarse privadamente con el defensor desde el inicio de su captura”*. La experiencia nos dicta pensar, que es evidente que la Policía Judicial, no suele llamar al abogado defensor del acusado desde ese primer momento. Puede suceder que se trate de lograr información del indiciado en ausencia de aquél.

³⁶ CARNELUTTI (Francesco), *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ejea , 1950, p. 147.

judicial como síntesis. Si para este autor, la acusación es el desarrollo razonal de la pretensión penal, entonces, la defensa es su razonada contestación.

Para la guatemalteca Vidalia Cade Ramírez *“contemplada desde otro punto de vista, la defensa puede conceptuarse como derecho de toda persona de recibir un auxilio al momento de concurrir al Proceso Penal; como forma de resguardar las garantías y derechos que están unidos entrañablemente al hombre por el simple hecho de serlo (Garantía Constitucional).”*³⁷

Aunque en sentido amplio *“se entiende por defensa toda actividad que realizan las partes con el objeto de hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o para impedirlo según su posición procesal.”*³⁸

Manzini, distingue la defensa en sentido lato o amplia y un sentido estricto, el primero *“es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado”*³⁹, mientras que en sentido estricto, es la actividad que se contrapone a la acción penal ejercida por el Ministerio Público.

Clariá Olmedo nos ilustra genialmente su visión del contenido del derecho de defensa, siendo éste la facultad de *“impedir, resistir, y prevenir cualquier restricción injusta a la libertad individual, y al pleno ejercicio de los derechos que las personas tienen otorgados por imperio del orden jurídico pleno”*.⁴⁰ Esta concepción, admite una crítica ostensible, ¿comprende esta noción a quien se ve restringido justamente en su libertad individual?, parece entonces que el derecho de defensa no cubriría a los culpables, aún cuando la respectiva declaratoria de responsabilidad sea *ex post*.

Para que la defensa técnica logre realmente su cometido y demuestre su carácter indispensable, es necesario que su reglamentación procesal se haga de

³⁷ CADE RAMÍREZ (Vidalia Aracely), Estudio doctrinario jurídico del derecho de defensa, Guatemala, Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1990, p. 15.

³⁸ FENECH (Miguel), Derecho procesal penal, Barcelona, Ediciones Labor S.A., Vol. I, 1960, p. 373.

³⁹ MANZINI (Vicenzo), Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ejea, 1951, t II, p.

⁴⁰ CLARIÁ OLMEDO (Jorge), Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediar, tomo I, 1960, p. 307.

forma que no sea un reconocimiento formal sin verdadera incidencia operativa. Sin embargo, es prudente acotar que *“El proceso no constituye el derecho de defensa, sino que debe regular las oportunidades debidas de manifestación; un procedimiento, de cualquier género, que se hiciese al margen o en violación de la garantía de defensa, devendría insalvablemente nulo, carecería de efectos jurídicos válidos y debería ser jurisdiccionalmente revisado. Porque también de la índole sustantiva del derecho de defensa se deriva, como ha sido explicitado jurisprudencialmente, que su ámbito de aplicación se extienda sobre toda relación jurídica en la que, a resultas de la misma, uno de los integrantes pueda experimentar el menoscabo o privación de un derecho o un bien.”*⁴¹

Recordemos la acertada definición del tratadista Clariá Olmedo del imputado como aquel que soporta la imputación.

Ahora bien, ¿cómo justificar el carácter indispensable de la defensa técnica en un proceso penal? No encontramos mejor respuesta que la siguiente: *“...el que ha de ser juzgado, está por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está dispuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia en juicios penales, sabe lo difícil que es al imputado y, por lo demás también a las otras partes contener la pasión o aun solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aún cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general, no la posee. Él está, por eso, exactamente en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender.”*⁴²

Parafraseando a Manzini, el defensor penal **“no es patrocinador de la delincuencia”**, sino un custodio del derecho y de la justicia en cuanto estos

⁴¹ VAZQUEZ ROSSI (Jorge Eduardo), *La defensa penal*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni S.C.C. Editores, 2º edición, 63. 1989. Pp. 79- 80.

⁴² CARNELUTTI, *Op.cit.* Tomo I. pp. 234-235.

valores puedan encontrarse lesionados o amenazados en la persona del imputado.

El criterio del Dr. Tijerino resulta ser muy gráfico, así *“Nosotros seguimos el criterio de la indispensabilidad del defensor porque la experiencia en el foro nos revela que ni el imputado con más ilustración puede asumir la totalidad de su propia defensa, y porque estamos también convencidos de que a la sociedad no puede serle indiferente la forma en que se reprimen los delitos.*

*El menos hábil de los defensores a la par de cualquier imputado ofrece mayores probabilidades de defensa que ese imputado solo, aunque éste sea el más versado de los hombres.”*⁴³

C).- La defensa plena.

Elaborar este acápite no puede limitarse a señalar el respeto ideal de los operadores del sistema penal al Ordenamiento, permitiendo el libre y pleno devenir de este derecho, sino que alude a la necesidad de explorar su contenido, partiendo de la aparente dicotomía entre derecho de defensa material y la defensa formal o técnica.

Evidentemente hablar de derecho de defensa remite al tema del debido proceso y a las garantías que lo conforman. La autodefensa se sintetiza en que *“el derecho de defensa en sentido material es el que todo hombre en cuanto tal, por ser sujeto de derechos y por estar éstos normativa y concretamente establecidos en las normas fundamentales, tiene, en primer término, de ser juzgado por sus jueces naturales en proceso legal; también implica su incoercibilidad con miras a declaraciones en su contra y el derecho a ser oído.”*⁴⁴

Un aspecto principal de este tópico, es la definición que cada legislación procesal nacional realiza de los límites de la autodefensa, así como fija la obligatoriedad de la defensa letrada. Las posibilidades de que un acusado se defienda a sí mismo, están sujetas a los requerimientos y exigencias de la eficacia

⁴³ TIJERINO PACHECO (José María), Sobre la autodefensa, Revista de Ciencias Penales, San José, N° 2, marzo de 1990, p. 19.

⁴⁴ VASQUEZ ROSSI, Op.cit., p. 143.

de la defensa y del normal curso del procedimiento. Se acota en buena lid, que la excepción es la autodefensa y la norma el patrocinio técnico en la defensa.

Llama la atención –a efectos ilustrativos- el Código Procesal Penal de Buenos Aires, Argentina, al estipular en su artículo 1º que: *“Todo acusado será defendido por el defensor de pobres, quien intervendrá en el proceso hasta que sea sustituido por el abogado de la matrícula que propusiera aquél. Esta sustitución no se considerará operada mientras que el defensor particular no haya aceptado y constituido domicilio. Al acusado, en el acto de la indagatoria, se le hará saber esto y el derecho que tiene a nombrar defensor”*.⁴⁵

Podemos concluir que el concepto jurídico de defensa engloba lo caracterizado como derecho de defensa en sentido lato, sea como garantía del debido proceso y derechos constitucionales, y en sentido restrictivo, que visualiza a la defensa como opuesta a la acción ante la jurisdicción.

El titular del derecho de defensa es el imputado, quien puede ejercerlo por sí mismo o bien otorgar (en los términos ya citados, se puede debatir acerca de la capacidad de decisión de una persona de escasos recursos en cuanto a la designación del profesional) el cometido técnico de su desempeño a un abogado particular o público.

La defensa además de un derecho, puede visualizarse como un poder dirigido lógicamente al mejoramiento de la situación procesal del imputado, y obviamente se traduce en una actividad que parte desde el primer momento de la atribuibilidad de un ilícito, hasta la eventual ejecución de una pena.

La plenitud de la defensa, en lo tocante a sus aspectos técnicos no implica una sujeción del letrado a los deseos del acusado, sino precisamente un estado de autonomía respecto a éste. Acerca de este particular, dice Guarneri *“El defensor no es un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el **dominus litis**, por ser él*

⁴⁵ Con relación al derecho de defensa, ver los numerales 12, 13, 82 inciso c), 93, 100, 102, 106, 107, 109 y 286 inciso h) del Código Procesal Penal Costarricense.

*quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales y quien presenta los medios de pruebas. Además, la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado a desenvolverse libremente”.*⁴⁶

Es evidente que esta autonomía del defensor técnico no puede conducir a perjudicar deliberadamente al imputado, su actividad debe tender a lograr el mayor beneficio posible para él, sea logrando un resultado absolutorio o bien, una responsabilidad más atenuada o una pena menos gravosa. En esta línea de pensamiento se ha pronunciado la Sala Constitucional Costarricense cuando afirma “ **Por tanto:** Se evacua la consulta formulada en el sentido de que: a.- no hay violación del debido proceso si en la variación de la calificación de la conducta típica estaban presentes las circunstancias calificadoras o agravantes, y se condena por acción debidamente tipificada; b.- integra el debido proceso la debida fundamentación de las sentencias; c.- constituye violación del debido proceso el incorporar prueba ilegítima; la omisión y rechazo de prueba esencial; el error material en la sentencia que comporte la imposibilidad de identificar al responsable de los hechos acusados y el lugar donde ocurrieron los hechos investigados; y la actuación del todo negligente por parte del defensor del sentenciado, con abandono de deberes esenciales de la defensa, o si ésta se dio en forma evidentemente contraria a los intereses del defendido. Corresponde a la Sala Consultante resolver si en el caso concreto se produjeron las violaciones alegadas en el recurso de revisión.”⁴⁷ (el sublineado es nuestro).

La plenitud de la defensa es en sí, la capacidad del imputado como titular de ese derecho a ejercer la defensa material en sincronía con todas las posibilidades desplegadas autónomamente por el defensor técnico, de forma tal

⁴⁶ GUARNERI (José), Las partes en el proceso penal, Traducción de Cesáreo Bernaldo de Quirós, Puebla, México, 1952.

⁴⁷ Sala Constitucional, Voto N°. 2408-96. San José, a las quince horas veinticuatro minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y seis. Consulta Judicial formulada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución de las trece horas cinco minutos del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis, con base en un recurso de revisión interpuesto por Lloyd George Dorman contra la sentencia número 76-94, de las ocho horas del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, dictada por el Tribunal Superior Sección Segunda, que se tramitó ante esa Sala bajo expediente número 852-2-95.

que se resguarden sus derechos constitucionales y se acceda libremente a la justicia.

III.- EL PRINCIPIO DE INTIMACIÓN

La intimación supone la oportunidad para el imputado de conocer cuáles son los hechos cuya comisión se le atribuye. De esta manera, es el "*derecho a estar informado de la acusación*".⁴⁸

De esta manera, el principio de intimación se traduce en una "*... obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; ...*"⁴⁹

Este principio no se encuentra recogido de manera expresa en la Constitución costarricense, sin embargo, puede considerarse que tiene rango constitucional en la medida en que es un derivado esencial del derecho de defensa establecido en el numeral 39.

En la legislación internacional lo encontramos plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹.

En la legislación procesal penal costarricense se establece en diversas normas⁵², dentro de las que sobresale la siguiente:

⁴⁸ GONZALEZ (Daniel) Justicia Constitucional y Debido Proceso, en Revista de Ciencias Penales, San José, N° 8, marzo de 1994, p.84.

⁴⁹ Sala Constitucional, Voto N° 1739 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.

⁵⁰ "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada." Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inciso 2, párrafo b.

⁵¹ "Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella." Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, inc. 2.

⁵² La obligación de comunicarle al imputado lo relativo a la acusación que se formula en su contra, se encuentra en diversos momentos procesales. Ver Código Procesal Penal, art. 92, 341, 346 y 347. En estas mismas normas podemos encontrar la concreción del principio de imputación que desarrollaremos adelante.

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

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

...

d) Presentarse o ser presentado al Ministerio Público o al tribunal, para ser informado y enterarse de los hechos que se le imputan."⁵³

La importancia de este principio radica en que es a partir de la noticia que tenga del imputado de que ha formulado una acusación en su contra, puede iniciar su acción de defensa⁵⁴. A su vez, las características que debe cumplir esa acusación es lo que determina el principio de imputación, que viene a influir en la puesta en práctica de dicha defensa mediante el principio de audiencia.

De esta manera, siguiendo a MAIER, puede afirmarse que *"En verdad, no tendría ningún sentido expresar el derecho a ser oído, ni regular pormenorizadamente la necesidad de una imputación correcta para darle vida, si no se previera el deber de comunicar al perseguido la imputación que a él se le dirige"*⁵⁵

La intimación es el medio por el cual se transmite la acusación al imputado, razón por la que debe ser íntegra, clara, precisa y circunstanciada; elementos que deben cumplirse también en la imputación misma.⁵⁶

IV. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN

El principio de imputación guarda estrecha relación con la intimación explicada en el aparte anterior, pero se distingue de ésta en que requiere una

⁵³ Código Procesal Penal, art. 82, inc.a y d.

⁵⁴ "La comunicación al imputado del contenido de la imputación que se formula en su contra, constituye el mecanismo a partir del cual, puede hacer uso de su derecho a ser oído e iniciar su actividad defensiva." GARITA, op. cit., p. 49.

⁵⁵ MAIER (Julio), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, tomo I, p.559.

⁵⁶ Ver en este sentido, MAIER, op.cit., p. 560.

mayor precisión jurídica en la atribución hecha al imputado⁵⁷, en la medida en que se exige a las autoridades que concreten una acusación. Se trata, entonces, del "deber de atribuir el hecho al imputado".⁵⁸

En doctrina se explica este principio de la siguiente manera:

*"... para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como **imputación**."*⁵⁹

Así, la imputación se refiere a la acusación formal y impone tanto al Ministerio Público, como al Juez el deber de « ... *individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva*». ⁶⁰

Se considera que una estrategia de defensa no puede elaborarse si no es a partir del conocimiento de la acusación, tanto por parte del imputado como por su defensor.⁶¹ Así, la imputación "... es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico- penal..."⁶²

La necesidad de conocer la acusación en todos sus extremos, permite el ejercicio del derecho de defensa, tanto material como técnica.⁶³ Por ello, al

⁵⁷ Imputar significa "Atribuir a otro una culpa, delito o acción." DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, Real Academia Española 21edición, 1992, Tomo II, p.1149.

⁵⁸ GONZALEZ, *op.cit.*, p.84.

⁵⁹ MAIER, *op.cit.*, p.553.

⁶⁰ SALA CONSTITUCIONAL Voto N° 1739 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.

⁶¹ VAZQUEZ ROSSI, *op.cit.*, p. 155.

⁶² MAIER, *op.cit.*, p. 553.

⁶³ "La comunicación al imputado del contenido de la imputación que se formula en su contra, constituye el mecanismo a partir del cual, puede hacer uso de su derecho a ser oído e iniciar su actividad defensiva." GARITA VILCHEZ, *op.cit.*, p. 49.

formularse la acusación el Ministerio Público debe indicar las posibles calificaciones, alternativas o subsidiarias, del hecho investigado.⁶⁴

Igualmente, puede afirmarse que el principio en estudio cobra mayor relevancia en un esquema acusatorio del proceso penal, dado que la formulación de una acusación, donde existe una separación funcional y subjetiva del juez con el órgano acusador, funciona como "un acto previo y de delimitación del juicio".⁶⁵

El principio de imputación se plasma en la exigencia para el funcionario encargado de la investigación, de informarle, con lo que también se cumple con la intimación, al imputado cuál es el contenido de la acusación, a saber, cuál es el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica y la prueba con que se cuenta hasta ese momento, como paso previo a su declaración.⁶⁶ Obligación que también existe en la etapa de juicio.

Esta información debe ser precisa y clara al describir el hecho atribuido, esboza de una manera comprensible para su receptor, pues de lo contrario no puede formularse la defensa.⁶⁷ Si la acusación que formula el Ministerio Público no cumple con estas condiciones, nos encontraríamos ante un acto ineficaz, en la medida en que impide el ejercicio del derecho de defensa y en que no podría ser utilizado para sustentar en ella una sentencia ni el proceso como un todo.⁶⁸

Igualmente, debe comunicarse cualquier modificación que se plantee a la acusación y otorgarle al imputado y a su defensor un plazo prudencial para reformular la estrategia de defensa. En este sentido se pronuncia la legislación

⁶⁴ "En la acusación el Ministerio Público o el querellante podrán señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado en un delito distinto, a fin de posibilitar su correcta defensa." Código Procesal Penal, art.305.

⁶⁵ FERRAJOLI, (Luigi), Derecho y razón: teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1996, p.606.

⁶⁶ Ver Código Procesal Penal, art. 92. En igual sentido se pronuncia la doctrina al manifestar: "... la comunicación o información del hecho endilgado, no solamente debe comprender la calificación jurídica de éste ... sino, y fundamentalmente, una relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión; ..." EDWARDS (Carlos), Garantías Constitucionales en Materia Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p.105.

⁶⁷ "... para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente para ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción ... sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la información clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona." MAIER, op.cit., p. 553.

⁶⁸ Ver en igual sentido, MAIER, op.cit., p. 558.

procesal penal, al señalara la necesidad de advertir al imputado la posibilidad de una nueva calificación jurídica del hecho investigado⁶⁹, o bien, una ampliación de la acusación inicial.⁷⁰

En relación con este punto, el mismo cuerpo legal aclara, que la corrección de simples errores o la inclusión de alguna circunstancia "*que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión*"⁷¹, no se considera ampliación de la acusación o la querrela. De esta manera, parece abrirse un portillo para lesionar el principio de imputación, y con él al principio de defensa, puesto que deja a criterio del juzgador el determinar si la corrección provoca o no una modificación "esencial" de la acusación.

En la medida en que este principio forma parte del contenido del debido proceso, la inobservancia de lo preceptuado por él, al igual que el principio de intimación, daba lugar a la posibilidad de interponer un proceso de revisión contra la sentencia condenatoria que condenase al afectado.⁷² Actualmente, ello ya no justifica una revisión de *lege lata*. Es evidente, que de afectarse gravemente el principio de legalidad por modificación de los hechos y no sólo de la calificación afectando las posibilidades de defensa, entonces por vía de casación puede reclamarse el agravio.⁷³

El corolario obligado del principio en estudio, es la obligación de que la sentencia se base, únicamente, "*en el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuáles él ha tenido la oportunidad de ser oído;...*"⁷⁴

⁶⁹ Ver en este sentido, Código Procesal Penal, art.346.

⁷⁰ Ver en este sentido, Código Procesal Penal, art.347. En relación con este punto, el mismo cuerpo legal aclara, en su artículo 348, que la corrección de simples errores

⁷¹ Ver en este sentido, Código Procesal Penal, art. 348.

⁷² Ver en este sentido, Código Procesal Penal, art. 408, inc.g. Actualmente reformado mediante Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010, publicada en La Gaceta N° 111 del 9 de junio de 2010, que entró a regir a partir del 9 de diciembre de 2011.

⁷³ El vicio devendría por inobservancia de precepto legal, ordinal 443 párrafo 1° del Código Procesal Penal.

⁷⁴ MAIER, op.cit., p. 568.

Se exige así una absoluta correlación entre acusación y sentencia, con la consecuente prohibición de basarse en hechos diferentes a los imputados.⁷⁵ Sin embargo, esta identidad no cubre la calificación jurídica, que incluso puede ser variada por el tribunal sin que esto constituya una lesión al principio de imputación: *"Este Tribunal también ha indicado reiteradamente, que lo que se acusan son hechos y no calificaciones jurídicas de tal suerte que éstas pueden ser variadas por el Tribunal sentenciador sin que ello constituya un supuesto de revisión de la sentencia por vulneración a los principios que integran el debido proceso. Sin embargo, si se introducen en la sentencia hechos nuevos que no forman parte de la acusación, y no se ha permitido al acusado ejercer su defensa en relación con los mismos, se produce una vulneración al derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso."*⁷⁶

V.- EL DERECHO DE AUDIENCIA

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional costarricense⁷⁷, el derecho de audiencia supone:

- La posibilidad de intervención en el proceso, tanto del imputado como de su defensor.
- El derecho a hacerse oír por el juez
- El derecho de traer al proceso toda la prueba que se considere oportuna.
- El controlar la actividad de las otras partes procesales.
- El combatir los argumentos y pruebas de cargo.

⁷⁵ La legislación costarricense establece esta correlación así: "La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y la querrela y, en su caso, en la ampliación de la acusación, salvo cuando favorezcan al imputado. // 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." Ver Código Procesal Penal, art. 365.

⁷⁶ Sala Constitucional, Voto N° 5235 de las 11:51 hrs. del 11 de setiembre de 1995. Ver en igual sentido los Votos del mismo órgano jurisdiccional N° 2408 de las 15:24 hrs. del 21 de mayo de 1996 y el 2786 de las 11:36 hrs. del 7 de junio de 1996.

⁷⁷ Ver en este sentido, Sala Constitucional Voto N° 1739 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.

La idea fundamental es que el imputado tenga posibilidad de ser oído y de intervenir activamente en el proceso que se sigue en su contra. Por su parte, la doctrina lo define de la siguiente manera:

*"La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible... o para impedir la persecución penal."*⁷⁸

Este principio busca lograr un auténtico equilibrio procesal, de forma tal que el imputado tenga las mismas posibilidades de actuación que el Ministerio Público, lo que se traduce en igualdad de condiciones para influir en las decisiones que tome el juez.⁷⁹ Así, el principio de audiencia nos conduce al principio procesal del contradictorio⁸⁰.

Esta intención se manifiesta en el siguiente criterio jurisprudencial:

"La Sala ha mantenido esta tesis de manera reiterada y, en esencia, se ha considerado ilegítimo introducir al debate una versión policial distinta a la que el testigo rinde ante los juzgadores, utilizando el testimonio de los propios investigadores y un informe policial, por cuanto quebranta los principios de oralidad e inmediación de la prueba y afecta en forma evidente el derecho de defensa de los demás acusados, ante la imposibilidad de formular preguntas para ampliar o aclarar su dicho, y al no poderse apreciar de viva voz su testimonio para aplicar las reglas de la

⁷⁸ MAIER, *op.cit.*, p.552.

⁷⁹ Ver en este sentido, MAIER, citado por GARITA, *op.cit.*, p.69.

⁸⁰ "En el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que ellos tengan la posibilidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso, apreciando la manera que las demás partes también realizan esa misma labor y luego, debe garantizarse que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones." GONZALEZ (Daniel), La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en Revista de Ciencias Penales, San José, N° 11, julio de 1996, p.65.

*sana crítica, con el fin de examinar el grado de credibilidad que puede merecer y otros aspectos básicos en la función de juzgar.*⁸¹

La posibilidad por parte del acusado de contradecir la prueba que se presente en su contra, queda patente en la prohibición de relatar una operación encubierta por personas interpuestas, usualmente policías, tal como lo ha indicado la Sala Constitucional: “...*El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios; no obstante su versión -la del agente encubierto o informante-, no puede ser introducida al debate por otros medios -a no ser que proceda incorporarla legítimamente por lectura-. Las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, puesto que en ese caso sí se estaría violando el derecho de defensa, del contradictorio y de inmediación de la prueba, elementos integrantes del debido proceso; desde luego que lo anterior no conlleva a negarle validez al dicho del policía en relación con hechos que le consten personalmente aunque tengan relación con la actividad del agente o informante.*”⁸²

Relacionado con el principio de imputación, el derecho de audiencia se traduce en la oportunidad que debe tener el imputado de poder declarar o aportar prueba después de que se le ha informado de los cargos que se le atribuyen.

De esta manera, está prohibido trasladar la acusación al tribunal del procedimiento intermedio si no se le proporcionado al imputado la ocasión de declarar.⁸³

Asimismo, pasado el asunto a etapa del procedimiento intermedio, al verificarse la audiencia preliminar, con ocasión del examen de la acusación, en el

⁸¹ Sala Tercera, Voto N° 16-F-de las 9.45 a.m. del 8 de enero de 1993.

⁸² Sala Constitucional, Voto N° 7079-M-97 de las 18:30 hrs. del 28 de octubre de 1997. Ver en igual sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 583 de las 8:52 hrs. del 19 de junio de 1998.

⁸³ Ver Código Procesal Penal, art. 309.-

transcurso de la audiencia *“el imputado podrá rendir su declaración, conforme a las disposiciones previstas en éste Código”*⁸⁴

En lo que corresponde a la etapa de Juicio oral y público, nuevamente y con mayor carácter garantista -el derecho de defensa se materializa con la presencia del defensor en la audiencia en la cual *“se recibirá declaración al imputado, explicándole, de ser necesario, con palabras claras y sencillas, el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar, sin que su silencio le perjudique o le afecte en nada, y que el juicio continuará aunque el no declare. Podrá manifestar cuanto tenga por conveniente...”*⁸⁵

Igualmente, se señala que durante la audiencia, *“... el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa.”*⁸⁶ Dentro de esta misma garantía, se encuentra la posibilidad de que el imputado se comunique con su defensor de manera libre⁸⁷, con lo que se logra así una conjugación de la defensa material con la técnica.

Finalmente, una vez concluida la recepción de la prueba y las conclusiones externadas por las partes, *“quien preside preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate”*⁸⁸

Es importante resaltar que en todas las hipótesis señaladas, debe existir la posibilidad de ejercitar el derecho de audiencia de manera previa a la toma de decisiones que pueden perjudicar al imputado. Si el orden fuera inverso, no existiría un efectivo y ante todo oportuno ejercicio de la defensa.⁸⁹

⁸⁴ Código Procesal Penal, art. 318.- (cfr. Arts. 90 al 97 del Código Procesal Penal).

⁸⁵ Ídem. Artículo 343.-

⁸⁶ Código Procesal Penal, art. 345.

⁸⁷ Ver Ídem.

⁸⁸ Ibídem Artículo 358.-

⁸⁹ Al respecto indica la doctrina: "En todos los ordenamientos, más tarde o más temprano, se concede a la persona contra la que se dirige la instrucción el derecho a ser oída. No obstante el derecho de defensa se resiente si la audiencia se realiza tras la adopción de medidas tan graves como el procesamiento o la prisión provisional." El proceso penal entre el garantismo normativo y la aplicación inquisitorial, San José, ILANUD, 1992, t. III, p.47.

De esta manera, puede afirmarse que el principio de audiencia, ejercido a través de la declaración del imputado, es una manifestación evidente del derecho de defensa material⁹⁰.

VI.- EL ESTADO DE INOCENCIA

Esta garantía se deriva del numeral 39 de la Constitución Política, donde la exigencia de una "necesaria demostración de culpabilidad" para el dictado de una sentencia condenatoria, no es otra cosa que el establecimiento del principio de inocencia, como parte conformadora del debido proceso⁹¹. Así se explicó al discutir esta norma: "*... es el Estado el que va a convencer al inculcado y no éste al Estado, de su inocencia. Hasta que exista evidencia plena de que el procesado es culpable se le debe condenar.*"⁹²

Este principio supone que «*Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción.*»⁹³

Además de tener rango normativo fundamental, el derecho a ser considerado inocente aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁴, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁶.

En la legislación procesal penal costarricense, el estado de inocencia se recoge de la siguiente manera:

⁹⁰ Ver en este sentido, VAZQUEZ ROSSI, *op.cit.*, p.157.

⁹¹ Ver en este sentido, Sala Constitucional, Voto N° 4610-M de las 9:12 del 3 de julio de 1998.

⁹² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Actas, Tomo II, p. 517.

⁹³ Sala Constitucional, Voto N° 1739 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992.

⁹⁴ "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa." Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, inc.1.

⁹⁵ "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inc.2.

⁹⁶ "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley." Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.14, inc. 2.

"El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado.

Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido.

En los casos del ausente y del rebelde, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial."⁹⁷

Siguiendo a Ferrajoli, puede afirmarse que la existencia de este principio se deriva de la finalidad misma del proceso, debido a que *"Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena."*⁹⁸

Se discute si se trata de una presunción de inocencia, tal como lo indica la normativa internacional citada o de un estado de inocencia. Rubianes⁹⁹ señala al respecto que en realidad se trata de un estado jurídico del imputado, en el que incluso se dan momentos en que lo que aparece es una presunción de culpabilidad para justificar la aplicación de medidas en su contra, como puede ser la prisión preventiva. Sobre este punto indica Edwards: *"En realidad no se trata de una presunción de inocencia, sino de un verdadero "estado jurídico". Ello es así ya que la "presunción" resulta incompatible con las medidas de coerción personal a las cuales puede ser sometido el imputado, medidas estas que se fundamentan en una presunción de culpabilidad."*¹⁰⁰

⁹⁷ Código Procesal Penal, art. 9.

⁹⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p.549.

⁹⁹ Ver en este sentido, RUBIANES citado por VAZQUEZ ROSSI, *op. cit.*, pp.231 y 232.

¹⁰⁰ EDWARDS, *op.cit.* p.125.

En lo que atañe a la relación entre prueba y principio de inocencia, Vázquez sostiene que éste último se apoya en *que: "La falta de prueba de la culpa, equivale a la prueba legal de la inocencia que es lo que legalmente se concede a todos los ciudadanos, siempre y cuando no se vaya debilitando tal presunción, durante el desarrollo del proceso"*¹⁰¹.

Esa "disipación o debilitamiento" del principio de inocencia, se encuentra íntimamente asociada con la obtención e incorporación de los medios probatorios al proceso, -específicamente aquellos que den fuerza a la acusación presentada por el órgano fiscal- por ello, *«Para que desaparezca la presunción de inocencia, se requiere prueba que haya sido examinada y evaluada por las partes en debate oral y público, y que la sentencia en que se decreta la culpabilidad, contenga un razonamiento (fundamentación), que racionalmente conduzca a la certeza de que el imputado es culpable. No es suficiente, por tanto, que la prueba se haya practicado con las garantías del debido proceso, sino que es necesario, que de la sentencia se pueda deducir, la convicción de que el imputado es el responsable del hecho delictivo acusado»*.¹⁰²

Por ello, como derivación del principio de inocencia, es al órgano acusador a quien le corresponde demostrar la culpabilidad de la persona acusada.¹⁰³ Dentro de un esquema procesal acusatorio, la carga de la prueba la debe tener el Ministerio Público, puesto que vista *"... la rígida separación de papeles entre los actores del proceso,... impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de refutación, ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas."*¹⁰⁴

¹⁰¹ VÁZQUEZ, *Op.cit.*, p.261

¹⁰² ASECIO MELLADO (José María) *La prueba, garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2.* Madrid, Publicaciones del Poder Judicial, N° 4. 1986, Páginas 28 y 39.

¹⁰³ "La atribución de la carga de la prueba a las partes acusadoras sobre la comisión por el inculpaado de los hechos constitutivos de la infracción penal forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, protegido por el art. 8.2 CIDH. El citado derecho veda además la imposición al acusado de la carga de demostrar su inocencia e igualmente el establecimiento de "presunciones legales de culpabilidad". EL PROCESO PENAL: ENTRE EL GARANTISMO NORMATIVO Y SU APLICACIÓN INQUISITORIAL, *op.cit.*, p. 86.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 611. El subrayado no es del original.

El imputado no tiene la obligación de demostrar su inocencia¹⁰⁵, sin perjuicio de que tiene la libertad de ofrecer prueba en ejercicio de su derecho de defensa.¹⁰⁶ Cuando se alega una causa de justificación, quien la invoca debe probarla, sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*).

Esta situación produce importantes problemas prácticos para los órganos represivos, en la medida en que frecuentemente intentan modificar la legislación con el objetivo de alguna manera se establezca algún tipo de presunción en contra del imputado que facilite su labor acusadora¹⁰⁷. Pero esta idea no es nueva, sino que se ha mantenido como una constante en aquellas corrientes de pensamiento penal con endeble bases de culpabilidad. Sobre este punto indica la doctrina:

*"En la evolución de las ideas penales, los oponentes en principio más firmes a la hipótesis de inocencia del imputado fueron los positivistas. Para Garófalo, tal presunción derivaba de erróneos enfoques y contribuía a trabar la tarea de los organismos judiciales, favoreciendo en demasía a los procesados. También es sabido que otros miembros de esta dirección, fieles a su concepción del delincuente como enfermo social, preconizaron medidas de seguridad que dejaban por completo de lado las garantías procesales derivadas de la visión general individualista-racionalista."*¹⁰⁸

Precisamente, en aplicación del principio de inocencia y del derecho de defensa, podría afirmarse que en el proceso penal no pueden existir presunciones

¹⁰⁵ En este sentido se afirma: "El interés público que determina el proceso penal, impone al Juez y al Ministerio Público la obligación de investigar la verdad, de donde emerge como consecuencia que, sobre ninguna de las partes pesa o recae la carga de la prueba, como un deber jurídico, cuya inobservancia sea decisiva para el pronunciamiento del juez." ARMIJO SANCHO (Gilberth), El control constitucional en el proceso penal, San José, Editec Editores, 1992, p. 44.

¹⁰⁶ Ver en igual sentido, EDWARDS, op.cit., p. 126.

¹⁰⁷ Uno de los delitos para los que se solicita esta medida con frecuencia es la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, debido a que se aduce que es muy difícil ligar el dinero o bienes incautados con el tráfico de drogas, lo que produce que la mayoría de los casos queden en impunidad.

¹⁰⁸ VAZQUEZ ROSSI, op.cit., p. 231.

que perjudiquen al imputado. Sin embargo, en la práctica podemos encontrar situaciones donde se aplican verdaderas presunciones que el imputado debe desacreditar para salir airoso del proceso.

Tal es el caso, por ejemplo del delito de receptación de cosas de procedencia sospechosa¹⁰⁹, donde la redacción del tipo exige al imputado a demostrar que no tenía razón alguna para sospechar que el objeto adquirido proviniese de la comisión de un delito.

Desde la perspectiva de este principio también cabe preguntarse si es posible obtener prueba de cargo del mismo imputado. La utilización del imputado como objeto de prueba, tiene como límite la dignidad del ser humano y su honra, de manera que ninguna persona puede ser utilizada de manera denigrante con fines probatorios¹¹⁰.

Este límite se extrae de la concatenación de diversas normas extraídas de instrumentos internacionales, de la Constitución Política y de la normativa procesal penal.

En cuanto al primer punto, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos la obligación para los Estados de respetar la honra y la dignidad de las personas: "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*"¹¹¹ Es importante resaltar que la norma es determinante al atribuirle tales derechos a toda persona, lo que no da lugar a interpretaciones diferidas en razón de la condición de imputado de un determinado ser humano.

¹⁰⁹ "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito. // Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad." Código Penal, art. 324.

¹¹⁰ "Además en virtud del estado de inocencia del reo, no es él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación, con efectos complementarios como la imposibilidad, durante el proceso de coaccionarlo, y con mayor razón aún de someterlo a torturas o tratamientos crueles o degradantes ... el imputado debe ser considerado y tratado como un ser humano, con el respeto debido de su dignidad de tal, y desde luego como sujeto principal, no como objeto secundario de la relación procesal".

¹¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, inciso 1. Ver en igual sentido, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5.

En el ámbito constitucional, el artículo 40 prohíbe todo tratamiento cruel o degradante¹¹², de lo que se extrae, en primer término, que la obtención de la prueba no puede comprometer la vida o la integridad física del imputado. Como segundo punto, se deriva de esta norma constitucional la prohibición de toda afectación a la dignidad humana provocada por la aplicación de cualquier trato humillante.¹¹³

Por su parte, el Código Procesal Penal dispone lo siguiente en el artículo 88:

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

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

¹¹² “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.” Constitución Política, art. 40.

¹¹³ “La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo, y aún cuando es de difícil definición y determinación, pueden describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través de la cual se el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano. Ese sentimiento no da la percepción del valor que le asignamos a la persona humana y que es la base para el reconocimiento en los demás. Por eso se dice que la dignidad humana es la plataforma de la igualdad, porque los parámetros de valoración son siempre los mismos para todas persona, sin excepción.” Sala Constitucional, Voto N° 1428-96, de las 15:36 hrs. del 27 de marzo de 1996.

requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad”¹¹⁴.

Esta norma puede ser objeto de diversas interpretaciones, especialmente referidas a la determinación de cuándo una medida afecta la salud, la integridad física o contraria las creencias del imputado, elementos todos altamente indeterminados.

La Sala Constitucional ha indicado sobre este tema que: “... *en la obtención de prueba dentro del proceso penal, deben ponderarse dos intereses: la búsqueda de la verdad real por un lado y el respeto a los derechos fundamentales del imputado, por el otro. En este contexto, conviene analizar la utilización del imputado como fuente de prueba (el imputado como objeto de prueba) y si es admisible obligarlo a que permita la realización de una serie de actos de investigación o de obtención de prueba, para los que deba utilizarse su propio cuerpo. Al respecto considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios para un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado... pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda.*”¹¹⁵

Posteriormente, otra resolución de la misma Sala Constitucional¹¹⁶, vino a desarrollar con mayor precisión en qué casos se prohíbe por completo toda intervención, cuándo es necesario contar con el consentimiento de imputado para

¹¹⁴ Código Procesal Penal, art. 88.

¹¹⁵ Sala Constitucional, Voto 556-91, de las 14,10 hrs. del 20 de marzo de 1991.

¹¹⁶ Ver en este sentido, Sala Constitucional, Voto N° 1428-96, de las 15:36 hrs. del 27 de marzo de 1996.

su utilización como objeto de prueba y cuándo es posible actuar sin dicho consentimiento, contenido que a continuación se reseña:

PROHIBICIÓN ABSOLUTA	CONSENTIMIENTO NECESARIO	CONSENTIMIENTO INNECESARIO
-Empleo de drogas -Empleo de “sueros de la verdad”	-Registros y exámenes vaginales -Exámenes anales -Obtención de muestras de semen	-Inspección corporal -Extracción de muestras de sangre o saliva.

Además se señala la necesidad de que se cumplan los siguientes presupuestos sustanciales para legitimar la actuación del Estado aún en contra de la voluntad del imputado:

- La medida debe ser útil en el proceso concreto.
- Deben existir indicios comprobados contra el acusado que justifiquen la medida.
- La medida debe ser necesaria, en el sentido de que el resultado que se espera de ella no pueda ser logrado por otros medios menos gravosos.
- La intervención debe ser proporcional con el bien jurídico resguardado por el delito que se investiga.
- La ejecución de la medida debe ser llevada a cabo por peritos calificados y nunca debe poner en peligro la vida o la integridad física del imputado.
- No pueden tratarse de intervenciones que impliquen un tratamiento cruel o degradante, o que lesionen su dignidad.

Debe destacarse que esta utilización obligatoria que es posible hacer del imputado como objeto de prueba, únicamente puede darse para obtener prueba real. En otras palabras, en virtud del principio de inocencia no es posible forzar

físicamente (ni moralmente) ningún tipo de declaración del imputado que pueda inculparlo de algún modo¹¹⁷.

Por otra parte, dado el estado de inocencia que permanece hasta la producción de una sentencia condenatoria, las restricciones a la libertad deben ser mínimas y extraordinarias¹¹⁸. Ello obedece a que *«De la misma forma que la pena de prisión es la ultima ratio del poder penal del Estado, la prisión preventiva, debiera ser, la ultima ratio del procedimiento penal. Solo se justifica su adopción, cuando sea inevitable a los intereses de la administración de justicia... y sean insuficientes otro tipo de medidas no limitativas de la libertad individual (mínimo sacrificio de la libertad personal). De otro modo, no existe fundamento para una resolución mediante la que se dispone la privación de libertad de quien, presuntamente es inocente. La naturaleza cautelar de la medida excluye de plano, su consideración para otros fines distintos de los enunciados, puesto que ello se traduce, inevitablemente, en una anticipación de la pena, mecanismo vejatorio de los postulados de un Estado democrático de Derecho.»*¹¹⁹

Además, las restricciones a la libertad deben obedecer a ciertos indicios que conduzcan a una posibilidad de responsabilidad por los hechos que se investigan. Así se ha indicado a nivel jurisprudencial: *"El Organismo de Investigación Judicial solo puede proceder a aprehensión de presuntos culpables ... sea usando la terminología de la Constitución personas contra las que exista indicio comprobado de haber cometido delito y a éstas sólo se les puede legalmente detener hasta por veinticuatro horas. En razón de lo anterior nunca procede la detención de sospechosos, con esto quiere decirse que las autoridades de investigación y las policiales no están legitimadas para detener por sospechas dado*

¹¹⁷ Ver en este sentido, Código Procesal Penal, art. 96.

¹¹⁸ "En forma reiterada esta Sala ha indicado que en el proceso penal el imputado goza de un estado de inocencia, esto es, se presume que es inocente hasta tanto no se establezca lo contrario por sentencia firme.- En forma compatible con este estado de inocencia y para asegurar la actuación de la ley penal, el imputado puede ser sometido a prisión preventiva como medida excepcional y en los casos que taxativamente enumera el Código de Procedimientos Penales..." Sala Constitucional, Voto N° 1056 de las 16:03 hrs. del 4 de junio de 1991. Ver en igual sentido, MORA MORA (Luis Paulino), *Los Principios Fundamentales que informan el Código*, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Asociación de Ciencias Penales, 1996, p.39.

¹¹⁹ GARITA, op.cit., p. 53 y 54.

*que en todo caso la detención solo procede cuando exista "indicio comprobado" de que se ha cometido un hecho delictivo y éste le es atribuible al detenido."*¹²⁰

VII. EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

Este principio, derivación directa del principio de inocencia, significa que *"la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor."*¹²¹

En la legislación procesal penal se encuentra recogido en la misma norma donde se indica: *"En caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se estará a lo más favorable para el imputado"*¹²².

En doctrina se explica que la duda debe favorecer al imputado porque ella significa que los órganos acusadores, encargados de desvirtuar el estado de inocencia en que éste se encuentra, "no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido por el ordenamiento legal se mantiene,...".¹²³ Esta posición es recogida en el siguiente fallo:

*"De todos los elementos descritos y, aún cuando se aceptara que el día del operativo el acusado le vendió droga al agente encubierto -hecho dudoso por todo lo ya expuesto- y se valore junto a la cantidad de marihuana decomisada en casa del imputado, esos elementos serían del todo insuficientes para estimar **con la certeza necesaria para condenar**, que este se dedicara a vender droga a los consumidores y que para tal efecto la poseía en su casa de habitación, pues los elementos antes descritos hacen surgir la duda, por no excluir la posibilidad de que la droga sea para consumo del imputado y su hermano, comprobado que son adictos a la marihuana. Es evidente que*

¹²⁰ Sala Constitucional, Voto N° 450 de las 16 hrs. del 2 de mayo de 1990. El subrayado no es del original.

¹²¹ Sala Constitucional, Voto 556-91, de las 14,10 hrs. del 20 de marzo de 1991.

¹²² Código Procesal Penal, art.9, párrafo primero.

¹²³ EDWARDS, op.cit., p. 128.

*no se ha alcanzado la **necesaria demostración de culpabilidad** en el hecho atribuido a José Gerardo Esquivel Ramírez, tal y como lo exige el numeral 39 de la Constitución Política, razón suficiente para decretar la nulidad del fallo,"*¹²⁴

De acuerdo con Leone, esta restricción de la norma a los hechos objeto de investigación, refleja una posición según la cual este principio es un criterio de valoración de la prueba y no de interpretación.¹²⁵

Cabe señalar que aún cuando la norma lo restringe a los hechos, es lo cierto que también se aplica en la interpretación normativa, tanto procesal como de fondo, donde ante la disyuntiva de múltiples interpretaciones posibles, debe acogerse aquella que, con la debida racionalidad, favorezca al imputado¹²⁶.

Parte de la doctrina señala que el *in dubio pro reo* no es un criterio de interpretación, sino de valoración de la prueba¹²⁷. En mi opinión, no debe restringirse dicho principio a ponderaciones fácticas, sino que en sincronía con un marco referencial *pro libertate*, debe ser parámetro tanto de hermenéutica como de evaluación de los hechos en sí, sin confundirse claro está con el principio *favor rei* que alude a la calificación legal del hecho.

Este principio exige, entonces, que la prueba llevada al proceso demuestre sin lugar a dudas la culpabilidad del imputado.

Es por ello que debemos preguntarnos si a través del análisis de la prueba indiciaria es posible llegar al ánimo de certeza que requiere el principio de inocencia como fundamento de una sentencia condenatoria. La doctrina se debate en este punto, mi opinión es que esta respuesta debe encontrarse en el estudio del caso concreto, atendiendo eso sí, a las exigencias de los principios de inocencia y culpabilidad.

¹²⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 162 de las 11:17 hrs. del 20 de febrero de 1998.

¹²⁵ Ver en este sentido, LEONE, citado por VAZQUEZ ROSSI, *op.cit.*, p.242.

¹²⁶ "... entendemos que el principio *in dubio pro reo* no señala la actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple, pero puede desplazarse ante la contradicción de la ley así entendida con el resto del sistema." ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editores, 1986, p.144.

¹²⁷ Ver en este sentido, SOLER citado por VAZQUEZ ROSSI, *op.cit.*, p. 234.

La idea, entonces, en que la libertad probatoria no es irrestricta, pues tiene ciertos límites¹²⁸, la más clara frontera en el correcto entendimiento humano o sana crítica, tal como lo ha indicado la jurisprudencia:

*“El juzgador debe ser consciente de dos importantes compromisos que tiene en relación con la sentencia cuando utiliza este tipo de prueba para llegar a un convencimiento definitivo: en primer lugar, debe exponer claramente por qué determinado conjunto de indicios le producen una certidumbre sobre un hecho; en segundo lugar, el de indicar por qué tienen valor probatorio en relación con el hecho investigado.”*¹²⁹

Sobre este principio el distinguido maestro universitario Dr. Florencio Mixán Mass sostiene que *“es incuestionable que este principio es un corolario del principio madre que es el de la ‘presunción de inocencia.’* Y agrega: *“el valor cognoscitivo jurídico de la duda en el proceso penal radica en que no se ha logrado establecer fidedignamente ni la verdad ni el error respecto de la culpabilidad del procesado a causa de la insuficiencia de los elementos probatorios; en cuanto a su efecto, que viene a ser la absolución del procesado, se parece a la inocencia probada; pero, en cuanto a su fundamento, difiere totalmente, por cuanto en la duda no se ha probado plenamente la inocencia pero tampoco, fehacientemente la culpabilidad. La duda resulta, a nuestro juicio, del hecho de que el juzgador ha logrado solamente el grado probable del conocimiento respecto de la culpabilidad del procesado, de modo que la trayectoria del conocimiento hacia la verdad objetiva tiene mucho todavía de error como de verdad, por lo tanto, resulta riesgoso condenar a alguien sin haber establecido nítidamente que es el culpable; entonces, en aras a evitar el riesgo de*

¹²⁸ Ver en este sentido, CASTILLO, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 525-F-92, de las 9:45 hrs. del 6 de noviembre de 1992.

resultar condenado un inocente, se ha optado porque en tal circunstancia el procesado sea absuelto".¹³⁰

En opinión de Castillo¹³¹ una sentencia condenatoria puede fundamentarse en prueba indirecta, solo si los indicios son varios, graves, precisos y concordantes. Se requiere *variedad* debido a que la fuerza probatoria radica en la existencia de multiplicidad de indicios, no de sospechas, autónomos acumulativos en relación con un mismo objeto. La *gravedad* supone la necesidad de que los indicios estén sustentado de manera cierta o contundente con bases objetivas. La *precisión* exige que los indicios conduzcan a una sola conclusión, que sea unívoco¹³². Finalmente, la *concordancia* indica la necesidad de que los indicios no sean contradictorios, que no se anulen entre sí.

Esta posición es avalada por la Sala Constitucional, la que considera que: "en todo caso, la prueba indiciaria puede resultar suficiente para acreditar el hecho imputado,..."¹³³

Vega señala sobre este punto que, dado que la prueba indiciaria recae sobre hechos a partir de los cuales se puede llegar, mediante un razonamiento lógico, a la comprobación de los hechos que directamente relacionados con la definición de la responsabilidad, la "*interpretación de la prueba tendrá como resultado la referencia de la misma a un hecho que no es directamente determinante de la culpabilidad del acusado, por lo que, en principio, la actividad probatoria de que se trate no podrá ser considerada, por sí sola, prueba «de cargo»*".¹³⁴

En definitiva, puede afirmarse que el principio *in dubio pro reo* debe manifestarse de la siguiente manera:

¹³⁰ MIXÁN MASS, Florencio. "El Juicio Oral". Segunda Edición Gráfica "El Liberal" Trujillo 1978. Pág. 23

¹³¹ Ver en este sentido, CASTILLO, *op. cit.*, pp.38-39.

¹³² "Si bien una sentencia condenatoria, ante la ausencia de prueba directa puede ser fundamentada sobre indicios, éstos necesariamente deben presentar la calidad de unívocos, pues solamente el indicio unívoco puede sustentar la certeza requerida." Tribunal Superior de Casación Penal, Voto N° 479 de las 10 hrs. del 23 de agosto de 1996.

¹³³ Sala Constitucional, Voto N° 2587-93, de las 15:39 del 8 de junio de 1993.

¹³⁴ VEGA TORRES (Jaime), Presunción de Inocencia y Prueba en el proceso penal, p.137.

«... la resolución judicial sobre el fondo debe basarse inexcusablemente sobre la prueba colectada, la que tiene que constituir fundamento objetivo, comprobable y cierto de la motivación que lleve a la decisión. La condena procede únicamente ante la situación de que el juez comprueba como existentes todos los hechos que dieron origen como "sospecha" a la actividad procesal y que presenten valor e idoneidad para destruir el "estado de inocencia".»¹³⁵

¹³⁵ VAZQUEZ ROSSI, op. cit., p.244.

- **A manera de conclusión:**

A lo largo del presente estudio hemos podido percibir diversos aspectos que perfilan las implicaciones reales del derecho de defensa en la realidad costarricense, los que procedemos sintetizar en los siguientes puntos:

- El titular del derecho de defensa es el imputado, pero asistido por un profesional en Derecho.
- Dentro del mismo podemos incluir cuatro garantías, el principio de intimación, mediante el cual el acusado tiene derecho a informarse de la existencia de una acusación en su contra y las pruebas del caso; de imputación, es el deber del órgano fiscal de atribuir el hecho al imputado; el derecho de audiencia y el derecho de defensa en sí.
- El derecho de defensa como tal, se ejerce por representación (heterodefensa), la defensa material como autodefensa es excepcional.
- El derecho de defensa debe ser enmarcado dentro del contexto del debido proceso, aún cuando en la actualidad su infracción ya no garantice el acceso a un proceso revisorio por esta causa .
- La defensa técnica no está subordinada a la defensa material, debe conservar su autonomía.
- La obligatoriedad del derecho de defensa técnica se origina en el desequilibrio de poder entre el Estado perseguidor y el ciudadano que es acusado, quien casi nunca tiene conocimientos de derecho penal que le permita enfrentar al Leviatán; de forma que en un Estado democrático se hace necesaria la

asistencia letrada y la misma como tal se entiende irrenunciable, salvo que el inculpado sea abogado y decida defenderse a sí mismo.

- Además de lo expuesto en el acápite anterior, se agrega la situación emocional del acusado que lo imposibilita –en principio- para ejercer con eficacia su autodefensa.
- La plenitud de la defensa es en sí, la capacidad del imputado como titular de ese derecho a ejercer la defensa material en sincronía con todas las posibilidades desplegadas autónomamente por el defensor técnico, de forma tal que se resguarden sus derechos constitucionales y se acceda libremente a la justicia.
- Existe una relación de interdependencia entre los diferentes principios que se derivan del derecho de defensa. Así, se requiere una intimación para que el acusado tenga la posibilidad de ejercitar su defensa, pero el requerimiento de esta comunicación estaría vacío de contenido sino se exige también que el órgano acusador defina una atribución y, a partir de ella, es que el imputado podrá intervenir en el proceso, en cumplimiento del principio de audiencia. Ello a su vez, se produce porque existe un estado de inocencia que el acusador debe desvirtuar y si no lo logra, debe aplicarse el *in dubio pro reo* dado que dicho estado permanecería incólume.
- Dentro de un esquema acusatorio, la imputación juega un papel fundamental en el proceso penal, pues viene a delimitar el marco de actuación de la defensa y también de los jueces, quienes no pueden decidir más allá de lo que dicha acusación les permite.

- Si la imputación delimita la labor del juzgador, debe existir una correlación entre el contenido de esa acusación y lo resuelto en sentencia.

- Se considera que la simple variación de la calificación jurídica de determinados hechos no afecta el principio de imputación, y en consecuencia, tampoco perjudica a la defensa. Lo que interesa -se sostiene- es que no se modifique el cuadro fáctico. Sin embargo, si consideramos que la estrategia de defensa debe ir dirigida a demostrar que el acusado no realizó determinada acción delictiva, su diseño no puede elaborarse en abstracto, pues tiene que referirse, necesariamente, a determinado tipo penal. En consecuencia, consideramos que la variación del tipo penal dentro del que se enmarca la acusación, sí puede eventualmente lesionar el derecho de defensa.

- El estado de inocencia de que goza el imputado hasta que una sentencia firme no establezca su culpabilidad, es un deber propio de un Estado Democrático de Derecho.

- La carga de la prueba recae en el órgano fiscal (el Ministerio Público en nuestro caso) quien debe probar la comisión de un delito y endilgarlo a través del abatimiento del estado de inocencia con la concomitante demostración de culpabilidad. La prueba de una causa de justificación por parte de la Defensa no rompe el *onus probandi*.

- Como consecuencia de ese estado de inocencia, debe prevalecer el derecho a la libertad del ser humano, lo que implica que las limitaciones que pueda sufrir el imputado durante la tramitación del proceso, deben ser las estrictamente necesarias para su efectivización.

- Esto también supone afirmar que la prisión preventiva no puede constituir un anticipo de pena. No obstante, la realidad de la puesta en práctica de la prisión preventiva no permite efectuar una distinción con el cumplimiento de una pena de prisión derivada de una condenatoria definitiva.

- El principio del *in dubio pro reo* no es una gracia de impunidad para los delincuentes, sino una consecuencia necesaria de la existencia de un estado de inocencia que no ha sido desvirtuado por el órgano acusador. Por antonomasia, el *in dubio pro reo* es una presunción *iuris tantum*.

- Aunque la vulneración al derecho de defensa se tutele como un quebranto al debido proceso, *de lege lata* no es posible presentar en el año 2013 un proceso revisorio por esa causa, de ahí que el vicio debe plantearse mediante otros remedios procesales cuidando la forma y el enfoque en que se interpone.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ARMIJO SANCHO (Gilberth). El control constitucional en el proceso penal, San José, Editec Editores, 1992.

ARMIJO SANCHO (Gilbert). Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. San José, Publicado por Imprenta Gráfica del Este S.A. Primera edición, 1996.

ARMIJO SANCHO (Gilbert). ¿Atenta la etapa preparatoria contra el derecho de defensa? En Sistemas penales y derechos humanos. San José, Conamaj, 1997.

ASENCIO MELLADO (José María). La prueba, garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2. Madrid, Publicaciones del Poder Judicial, Nº 4. 1986.

BINDER (Alberto). Introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires Editado por AD-HOC S.R.L. primera edición, 1993.

CAFFERATA NORES (José). El imputado, Buenos Aires, Editorial Lerner, Primera Edición, 1982.

CARNELUTTI (Francesco). Lecciones sobre el proceso penal, Buenos Aires, Ejea, 1950.

CLARIÁ OLMEDO (Jorge). Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediar, Tomo I, 1960.

CRUZ (Fernando). La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho, San José, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito, primera edición, 1989.

DE LA RUA (Fernando). Enciclopedia Jurídica, Buenos Aires, Editorial Omeba, primera edición, Tomo XV, 1982.

EDWARDS (Carlos). Garantías Constitucionales en Materia Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.

FENECH (Miguel). Derecho procesal penal, Barcelona , Ediciones Labor S.A., Vol. I, 1960.

FERRAJOLI, (Luigi). Derecho y razón: teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 1996.

FERRANDINO (Alvaro) y PORRAS (Mario). La defensa del Imputado. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Asociación de Ciencias Penales, 1996.

FIORAVANTI (Maurizio), Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones. Madrid, Editorial Trotta, 1996,

GARITA VÍLCHEZ (Ana Isabel) y otros. La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno, San José, Ilanud, 1991.

GÓMEZ COLOMER (Juan Luis). La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal, Barcelona, Librería Bosch, 1988.

GUARNERI (José). Las partes en el proceso penal, traducción de Cesáreo Bernaldo de Quirós, Puebla, 1952.

HOUED VEGA (Mario) y otros. Proceso penal y derechos fundamentales, San José, Escuela del Poder Judicial, 1º edición, 1997.

KELSEN (Hans). Teoría general del derecho y el Estado, Traducción de Enrique García Mainez, México, Universidad Autónoma de México, 1969.

MAIER (Julio). Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, tomo I, Editores del Puerto, 1996.

MANZINI (Vicenzo). Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ejea, 1951.

MIXÁN MASS (Florencio). El Juicio Oral. Segunda Edición Gráfica "El Liberal" Trujillo 1978.

MORA MORA (Luis Paulino). Los Principios Fundamentales que informan el Código, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, San José, Asociación de Ciencias Penales, 1996.

PECES BARBAS (Gregorio). Derechos fundamentales. Madrid, Latina Universitaria, 3era edición, 1980.

ROXIN (Claus). Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal. Colección Autores de Derecho Penal. Buenos Aires. Rubinzal- Culzoni Editores. 2007.

VAZQUEZ ROSSI (Jorge Eduardo). La defensa penal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni S.C.C. Editores, 2º edición, 1989.

VEGA TORRES (Jaime). Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl). Manual de Derecho Penal, México, Cárdenas Editores, 1986.

REVISTAS

CASTILLO GONZALEZ (Francisco). La prueba indiciaria, Revista Judicial, San José, N° 11, marzo de 1979.

GONZALEZ (Daniel) . Justicia Constitucional y Debido Proceso, en Revista de Ciencias Penales, San José, N° 8, marzo de 1994.

GONZALEZ (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. Revista de Ciencias Penales, San José, N° 11, julio de 1996.

RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander). Ejercicio de la defensa técnica en la citación directa. Revista de Ciencias Penales, San José, N° 12, diciembre de 1996.

TIJERINO PACHECO (José María). Sobre la autodefensa. Revista de Ciencias Penales, San José, N° 2, marzo de 1990.

VILCAPOMA IGNACIO (Miguel Pedro). El neoconstitucionalismo: conceptualización y perspectivas, en Revista *Semana Jurídica*, de la facultad de Derechos y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, N° 02, 2009, Huancayo-Perú.

TESIS

CADE RAMÍREZ (Vidalía Aracely). Estudio doctrinario jurídico del derecho de defensa, Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 1990.

DICCIONARIOS

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Espasa Calpe, vigésima segunda edición, 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Asamblea Legislativa, 1999.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Aprobada por Ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 4229 de 11 de diciembre de 1968.

Código Penal, Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1973.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

- Voto N° 450 de las 16 hrs. del 2 de mayo de 1990
- Voto N° 556 de las 14,10 hrs. del 20 de marzo de 1991
- Voto N°1056 de las 16:03 hrs. del 4 de junio de 1991
- Voto N° 1428 de las 15:36 hrs. del 27 de marzo de 1996.
- Voto N°1739 de las 11:45 del 1 de julio de 1992.
- Voto N° 2408 de las 15:24 del 21 de mayo de 1996.
- Voto N° 2587 de las 15:39 hrs. del 8 de junio de 1993.
- Voto N° 2786 de las 11:36 hrs. del 7 de junio de 1996.
- Voto N° 4610-M de las 9:12 del 3 de julio de 1998.
- Voto N° 5235 de las 11:51 hrs. del 11 de setiembre de 1995.
- Voto N° 7079-M de las 18:30 hrs. del 28 de octubre de 1997

Resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

- Voto N° 16-F de las 9.45 a.m. del 8 de enero de 1993.
- Voto N° 162 de las 11:17 hrs. del 20 de febrero de 1998.
- Voto N° 462 de las 10:20 del 4 de noviembre de 1994.
- Voto 525-F de las 9:45 hrs. del 6 de noviembre de 1992.
- Voto N° 583 de las 8:52 hrs. del 19 de junio de 1998.
- Voto N°1278 de las quince horas del 14 de octubre de 1999.

Otras Resoluciones:

- Tribunal Superior de Casacion Penal, Voto N° 479 de las 10 hrs. del 23 de agosto de 1996.
- Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 1932.

DEPARTAMENTO
Artes
GRÁFICAS

B. 40331