

UN TEMA PARA REFLEXIONAR: EL FISCAL COMO TESTIGO

*no hay libertad cuantas veces las leyes permiten que siquiera en alguna ocasión el hombre (el ser humano) deje de ser persona, y se convierta en una cosa..." (Beccaria)**

*Mayra Campos Zúñiga
Fiscal Adjunta*

Temario:

- I. Introducción
- II. Fiscal como testigo: ¿existe incompatibilidad por su función?
- III. Análisis de un caso
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía

I. Introducción

Durante el desarrollo de mis estudios de posgrado se nos invitó a analizar algunos temas no tratados o poco desarrollados dentro de la doctrina relacionada con la cuestión de **la prueba** en materia penal. La iniciativa buscaba provocar en los estudiantes un cambio en la forma de exponer los aspectos vinculados con la prueba¹.

El tema de la prueba, y más específicamente *el fiscal como testigo*, implica un estudio a profundidad, de carácter político criminal, relacionado con la dinámica del

nuevo Código Procesal Penal. Obliga a cuestionarse cuál es la *"nueva política criminal"* que busca responder a la *lucha contra la criminalidad organizada conforme a las tendencias del Derecho Penal moderno*.

Esas tendencias contemplarían la posibilidad de que un fiscal, como autoridad pública, luego de realizar la investigación se constituya en testigo sobre hechos en el mismo proceso. ¿Será esto un ejemplo de los instrumentos autorizados dentro de esa tendencia de transformación del Derecho Penal y Procesal Penal? Como lo apunta Hassemmer: *"El derecho de policía, el derecho penal, y sobre*

Lo escrito entre paréntesis no es del original.

1. *Agradezco profundamente a la Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo, Decana de la Facultad y profesora de la Maestría en Ciencias Penales, el haber generado en mi esta reflexión.*

todo el derecho procesal han sido dotados con instrumentos de combate que, en las dimensiones que han sido escogidas, en todo caso se oponen a las tradiciones vigentes hasta la fecha y una calidad de combate de la criminalidad se hace presente por medio del derecho".

Para nadie es un secreto que en la actualidad se están presentando cambios sustanciales en el Derecho Penal y Procesal Penal. Esa tendencia busca resolver los problemas de la criminalidad organizada, y afrontarlos como un fenómeno nuevo que tiene implicaciones no solo criminológicas, sino también desde la óptica jurídico-penal.

El marco ideológico y doctrinario que justifica este proceso de transformación lo constituye el discurso del aumento de la "inseguridad" y el "miedo" en las sociedades actuales. Discurso que ha llevado a considerar la "seguridad" como una pretensión social que demanda respuestas del Estado de modo "eficaz".

Es desde esta óptica que nos preguntamos, si esta, la de que el fiscal se convierta en testigo de la misma causa en la que fue investigador, tiene como única finalidad lograr la "igualdad de armas" entre el Estado y la delincuencia organizada. Sin embargo, consideramos que "no existe ningún tipo de 'igualdad de armas' entre la criminalidad y el Estado que la combate, en el sentido de una permisón a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentran al alcance de los criminales. El Estado necesita, también de cara a la población, una

prevalencia moral sobre el delito, que no sólo sea fundamentada normativamente sino que también actúe de manera práctico-simbólica. El Estado no debe utilizar métodos criminales ya que perdería esa prevalencia y con ello, y a largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal..."

Este aspecto nos lleva a un planteamiento "ético y moral", desde el punto de vista deontológico: ¿Con este instrumento hemos sacrificado algún bien jurídico? ¿Puede un fiscal, en esta posición, cumplir con los principios de objetividad y lealtad? Lamentablemente la respuesta es positiva: sí se han vulnerado principios y garantías constitucionales, y, obviamente, se han afectado los principios de objetividad y lealtad que rigen la labor del Ministerio Público. Y, por lo tanto, se afectan los derechos fundamentales del imputado. "La presunción de inocencia es uno de los pilares del derecho penal... referido al Estado de Derecho. (...) Con este principio resultarían incompatibles las afirmaciones de una muy difundida retórica que preconiza que los métodos de investigación han sido introducidos recientemente, y los que aún están siendo promocionados y deseados, estarían dirigidos a mafiosos, gángster y a delincuentes particularmente peligrosos y que los ciudadanos no tendrían nada que temer. Esto es falso. Estos cuestionables métodos de investigación son utilizados en el proceso de instrucción, es decir en un estadio, en el cual la presunción de inocencia impera sin restricciones (y además estos métodos se dirigen no sólo contra

2. Hassemer, Winfried. *Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones. Revista de Ciencias Penales*, San José, Costa Rica, diciembre de 1997, Año 9, N° 14, p. 7.
3. Hassemer, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39 ss. Llobet Rodríguez, Javier y otros. Nuevo Proceso Penal y Constitución, Garantías Procesales y Seguridad Ciudadana, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998, p. 147 ss.*
4. Hassemer, *Límites... Op. cit*, p.10.
5. *Este problema de la afectación de principios fundamentales al procurarse prueba por medios ilícitos (desde un sentido constitucional) ha sido estudiado por VIVES ANTÓN desde una perspectiva deontológica y epistemológica. "En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero 'correcta' no es sólo materialmente 'verdadera'. El problema del proceso no es sólo de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el que de la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes que coloque a la otra en situación de desventaja". "Solo la verdad obtenida con el respeto de esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en si, sino lo justo, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo". "Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su 'verdad' resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración". Vives, Antón. *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. Revista Poder Judicial, Número especial II, 1987, pp. 125-126.**

sospechosos sino que también contra personas no directamente involucradas en las investigaciones)" (sic).

Es mi interés que esta reflexión nos sirva de punto de partida para cuestionar si este método de investigación implantado por algunos fiscales, a raíz de la reforma procesal, roza con derechos constitucionales. Como nos recuerda Cafferata, "... la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas lo que no se obtendría en forma efectiva si se le da validez al fruto de la violación constitucional (...) lo contrario equivaldría a admitir que el orden jurídico puede mantenerse a costa de su propia vulneración lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva en su esencia".

II. Fiscal como testigo: ¿existe incompatibilidad por su función?

Quisiera señalar en este punto que tratados y libros que abordan el tema de la prueba, no profundizan el asunto que planteo y, por lo tanto, sus implicaciones dentro del proceso penal.

Los textos clásicos, tales como Cafferata y Florián, no hacen alusión directa al tema, pero sí plantean algunos aspectos que podrían sustentar nuestra reflexión.

En efecto, a nivel doctrinal se ha establecido que existe una incompatibilidad entre la condición de fiscal de la causa y de testigo. Sobre el particular se ha señalado que *"No es acumulable, en un mismo juicio, la calidad de testigo con el cargo de representante del ministerio público. Esta incompatibilidad se deriva de la estructura del proceso y de la respectiva posición del agente del ministerio público y del testigo, y es tan evidente, que debería afirmarse aun cuando no estuviera indicada por ley"*.

Sin embargo, se resalta que *"la incompatibilidad debe entenderse solo en la medida impuesta por la necesidad en relación con la estructura del proceso, por lo cual se pregunta si el agente del ministerio público puede, después de haber rendido testimonio, volver asumir su propio cargo. La respuesta depende de la organización del Ministerio Público en la audiencia: si vale la llamada impersonalidad y la persona es sustituible, naturalmente la respuesta es afirmativa; pero si el representante del ministerio público no es sustituible, esto es, que se encuentra en la misma posición que el juez, la respuesta es negativa"* (sic).

Vemos que la incompatibilidad la circunscriben a la participación del fiscal como fiscal y como testigo en el mismo proceso.

Sin embargo, nuestro análisis lo queremos plantear desde otra óptica, desde otro tipo de incompatibilidad. Incompatibilidad que sustentamos a partir de que su **"conocimiento sobre el objeto de la investigación lo han adquirido en virtud de su intervención funcional"**. Es a partir de esta premisa que consideramos que al facultarse que un fiscal o fiscales encargados de una investigación, asuman luego la condición de testigos de cargo, constituye un mecanismo de investigación estatal que pone en desventaja a una de las partes más débiles del proceso: el imputado.

Pese a esta afirmación inicial, vemos que en nuestro sistema procesal no se establece ninguna incompatibilidad en ese sentido.

La normativa procesal, en los artículos 204 al 212, señala los deberes y derechos de los testigos, así como las generalidades en cuanto a la forma de recibir dicha prueba.

6. Hassemmer, Límites, ... Op. cit, p.10.

7. Pereira Pérez, La prueba ilícita, ... Op. cit, p. 9.

8. Florián, Eugenio. De las pruebas penales, Bogotá, 2da. edición, Editorial Temis, T.II, 1976, p. 114.

9. *Ibid.*, p. 115.

10. Cafferata, La prueba ..., Op. cit, p. 100.

11. El Lie. Jorge Segura Román, Fiscal Adjunto General, al analizar el punto nos señala que: *"en esa hipótesis no puede ser testigo en sentido estricto. A lo sumo, puede ser testigo de los resultados de una investigación, o de una hipótesis de investigación y no de los hechos. Esta posibilidad de utilizar al fiscal como testigo en la investigación, también la faculta el artículo 352, párrafo 3 ya que en forma solapada está convirtiendo en testigo al fiscal, cuando interroga al testigo sobre manifestaciones dadas a su persona durante la investigación, ya que en caso de contradicción, el juez sustenta su posición en los elementos introducidos por el fiscal en el debate. Esto, evidentemente, es contradictorio a lo dispuesto en el artículo 334, 293 y 294, párrafo 4, al establecer claramente que carece de valor probatorio o para fundar la condena del acusado, las actuaciones de la investigación preparatoria"*.

El artículo 204 establece, de un modo general, el deber de testificar: "Deber de testificar. Salvo disposición en contrario, toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y de declarar la verdad de cuanto conozca y le sea preguntado; asimismo, no deberá ocultar hechos, circunstancias ni elementos, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal".

Por su parte, el artículo 205 dispone: "Facultad de abstención. Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas".

Vemos que, dentro de las facultades de abstención, no se menciona el fiscal, tal y como lo planteamos en este trabajo.

En el artículo 206 se define el "Deber de abstención. Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas, así como los funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas, con excepción de los ministros religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

En caso de ser citadas, estas personas deberán comparecer y explicar las razones de su abstención.

Si el tribunal estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada".

En este artículo tampoco se menciona que exista deber de abstención por parte de los fiscales en cuanto al objeto de la investigación que ha adquirido en virtud de su intervención funcional.

En el resto de los artículos mencionados (207 al 212) tampoco existe referencia alguna a la situación que analizamos.

Esta ausencia de regulación sustenta la idea generalizada de que esta es una prueba testifical más. Por ello, los fiscales deben declarar acerca de *"lo que oyeron, vieron o percibieron en el curso de una investigación policial, está fuera de toda duda y el órgano judicial de instancia las valorará según las reglas del criterio racional ."*

Por eso podemos afirmar que existe un trato igual entre las declaraciones de los agentes policiales y los fiscales como investigadores. Sin embargo, creemos que la situación no es asimilable.

En primer lugar, el Ministerio Público es el órgano que, por ley, tiene la obligación de investigar los delitos de acción pública, de acción pública a instancia privada, y debe hacerlo de modo *"objetivo"*. Es decir, determinando cuáles elementos son justificativos de su acción y promoción, así como los eximentes. En segundo lugar, los fiscales deben garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los imputados.

La policía, por su propia naturaleza, tiene una actividad inquisitorial, la que generalmente se inclina a favor de la acusación, más que eximir de responsabilidad. Por otra parte, la función de garante de los derechos fundamentales no se le atribuye a la policía. Al contrario, existe la idea de que en dicha sede se violentan, por lo que se establecen mecanismos de control. Por ejemplo, la dirección funcional a cargo del Ministerio Público.

Aparte de ello, se ha establecido en nuestro sistema procesal un principio esencial, que constituye otra limitante,

12. Pe Urbano Castrillo, Eduardo. *La prueba ilícita en particular. La prueba en el proceso penal II, Consejo General del Poder Judicial, IX, España*, p. 254. Sobre el particular el Lic. Segura Román considera que: "esta condición de un **testigo más en el proceso**", es una forma de introducir prueba ilegal, ya que como se indicó anteriormente, el fiscal no es un testigo de los hechos, sino que expone un juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho y la participación del imputado. Esta conclusión se deriva de la relación entre los artículos 62, párrafo 3, 63, 127, 181, 182, 293, 294, párrafo 4, 334, 352, párrafo 3, todos del Código Procesal Penal".

y es que el fiscal, luego de investigar un caso, se convierta en testigo del mismo: nos referimos al principio de lealtad.

El artículo 127 del código *ibídem* dispone: "Las partes deberán litigar con lealtad, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede".

Es en este último párrafo que ubicamos, que al permitir esta "conversión" es un claro ejemplo de "abuso de las facultades" que otorga este código. En efecto, el artículo 62 señala: "El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.

Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica".

Es decir, es una "facultad" —en el entendido de que la opción de los criterios de oportunidad excepciona el concepto de deber absoluto de persecución penal— que le permite al Ministerio Público identificar las fuentes de prueba que le permitan sustentar su hipótesis (sea esta acusatoria o no).

Por su parte, el artículo 63 señala que esta función debe ser objetiva: "En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado".

Aparte de las razones ya expuestas, al convertirse el fiscal en testigo se desnaturaliza el objetivo del juicio, pues no se centra la discusión en determinar la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en este,

sino mas bien en corroborar la versión del fiscal o del policía, según el caso 13.

Nos preguntamos, ¿podrá un fiscal, conforme a los principios de lealtad y objetividad, luego de investigar un caso, convertirse en testigo del mismo proceso? ¿Garantiza este mecanismo el equilibrio procesal entre parte acusadora y parte acusada? ¿Constituye este medio una ventaja procesal?

En este corto ensayo no podemos dar respuesta a estas interrogantes. Sin embargo, queremos exponer un caso para que cada cual saque sus propias conclusiones.

III. Análisis de un caso

Tipo de delito: homicidio calificado.

En este caso el Ministerio Público presentó como acusación principal, que el acusado G.N.A.M. había participado en calidad de coautor de tres homicidios calificados. Hechos ocurridos el 14 de noviembre del año 1998. En lo que nos interesa señaló la acusación: "El sábado catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho después de haberse celebrado una pequeña fiesta familiar en la casa de habitación de los ofendidos a la que asistió el imputado y en donde se encontraban presentes ... tres víctimas en esta causa, el encartado G.F.A.M. y su novia... decidieron poner en ejecución el plan previamente establecido por ambos, consistente en dar muerte a sus padres y hermano de esta última... 3.- Sin precisarse hora exacta pero si entre las tres y las cuatro horas del quince de noviembre de ese mismo año, los ofendidos se encontraban durmiendo, los esposos ... en su recámara matrimonial y el menor... en su dormitorio ubicado en un aposento contiguo al de sus padres; situación que fue aprovechada por la menor... y su novio... el encartado quienes utilizando un arma de fuego, tipo revólver, marca Ruby, modelo XIV, calibre veintidós, ingresaron al área de los dormitorios y sacando provecho de la indefensión de las víctimas,... disparó en forma artera contra sus padres produciéndose la muerte. 4.- Mientras la menor los ultimaba y recargaba el revólver, el endilgado ... controlaba la

13. Como lo afirma el fiscal Segura Román, "lo que se busca probar es el juicio de probabilidad a que arriba el fiscal después de realizada la investigación. Lo que testifica es sobre su trabajo en la investigación preparatoria; no es un testigo del hecho histórico que motivó su intervención".

situación fuera de la recámara principal, toda vez que el niño... despertó al escuchar las detonaciones del arma de fuego y al intentar ingresar al dormitorio de sus padres, fue golpeado fuertemente en la barbilla y el mentón por... lo cual le impidió pedir auxilio y frustrar así el plan previo de los acusados. 5.- Una vez que la menor ... terminó de percutir los ocho disparos contra sus padres y encontrándose el menor incapacitado para resistir debido a los golpes que ... le propinara, C. procedió a disparar en forma certera en la cabeza de su hermano menor, provocándole también la muerte. (...) 7.- Luego de perpetrado el hecho y para ocultar los rastros del ilícito, el encartado A.M. y la menor ... procedieron a vestir los cuerpos ... los introdujeron en el vehículo, marca toyota... 8. Acto seguido, el encartado... se trasladó con los occisos en el vehículo mencionado hasta el puente sobre el río Virilla ... procede a dejar en neutro el vehículo supracitado y lo empuja al precipicio..." (sic).

Como tesis subsidiaria, se acusó a G.F.A.C, por el delito de Favorecimiento."... 4.- Luego de perpetrado el hecho y para ocultar los rastros del ilícito, la menor solicita colaboración a su novio, el encartado A.M. para vestir los cuerpos, arrastrarlos hasta la cochera de la vivienda e introducirlos en el vehículo, marca 5.- Acto seguido, el encartado G.F. A.M. se trasladó con los occisos en el vehículo mencionado hasta el puente sobre el río Virilla... procede a dejar en neutro el vehículo supracitado y lo empuja al precipicio... esto con el fin de ayudarle a C. a deshacerse de los cuerpos y simular un accidente de tránsito. 6.- Sin precisarse fecha exacta pero si entre los ocho días siguientes a la comisión del ilícito y con el fin de ayudarle a la menor a ocultar el arma homicida, el imputado A.M. procede a enterrar en el patio de su casa de habitación ... el arma de fuego tipo revólver..." (sic).

Método de investigación utilizado.

En este caso, se dio una ardua discusión acerca de si el método utilizado durante la investigación, tanto por parte del Ministerio Público como por la policía, afectó derechos fundamentales, y si la prueba obtenida podía o no validarse en la teoría de la fuente independiente.

En los considerandos IV y V el tribunal de juicio expone su posición: "Es claro, entonces, que al acusado A.M. se le debieron respetar los derechos que, en su calidad de imputado, le correspondían "desde el primer momento de la persecución penal", (sic) en primer lugar, el derecho a la defensa técnica (artículo 13 del Código Procesal Penal). Es claro que la declaración que rinde en condiciones totalmente espúreas, sin contar, evidentemente, con la presencia de un abogado defensor y sin estar presente siquiera un fiscal. Más aún, dicha declaración se lleva a cabo en total contradicción con lo estipulado por el artículo

98, *ibidem*, de conformidad con el cual: "La policía no podrá recibirle declaración al imputado. En caso de que manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas por la ley". Es claro, entonces, que se está en presencia de un defecto absoluto, de los que implican inobservancia de derechos y garantías previstos en la Constitución Política, pues, en el presente caso, el debido proceso legal (Artículo 39 de la Constitución Política). Y desde el momento en que la declaración es obtenida sin que le respeten al acusado sus elementales derechos, se está en presencia de una manifestación obtenida por medio de la violencia (aunque sea de naturaleza psíquica). Por eso es que, en este caso, se violó contra el encartado la garantía contenida en el artículo 40 de la Constitución Política, específicamente en cuanto prohíbe la obtención violenta de declaraciones y sanciona con la nulidad a aquellas que sean arrancada en contradicción a dicho mandato (...) V. No cabe, en el presente caso, aplicar la teoría de la fuente independiente, pues es claro que, sin la declaración del acusado obtenida por medios ilícitos, jamás habría podido encontrar el lugar en el cual estaba enterrada el arma homicida (...) Es decir, fue gracias únicamente a las declaraciones del acusado, que los oficiales pudieron llegar directamente a ubicar, sin ninguna dificultad, el arma en cuestión. Además, de ninguna de las pruebas que fueron incorporadas al debate se deduce indicio alguno de que el arma fuere hallada sin ayuda de la declaración del acusado A.M. (...) Por las razones dichas, debe declararse con lugar la actividad procesal defectuosa protestada por la defensa del imputado..." (sic).

Si bien es cierto que, esta resolución exige de involucrar a los fiscales en esa "violencia psíquica", es también cierto que las declaraciones de los fiscales que actuaron en la investigación tenían como objetivo justificar "la declaración" del sospechoso y, de algún modo, legitimar la intervención policial.

Declaración de los fiscales en el caso.

Fiscal N°1, Lic. H. "Como a mediados de noviembre del año pasado laboraba como fiscal en Heredia, yo era el encargado de las investigaciones de narcotráfico. Los hechos ocurrieron domingo, el lunes la Licda. L. me comunicó el caso, me asignó la investigación del triple homicidio, porque todo parecía indicar que el móvil del homicidio era narcotráfico. (...) Teníamos dudas de donde había ocurrido las muertes hasta la primera prueba de luminol. Se pensaba que ellos habían sido ultimados por sicarios, por lo que se hizo investigación profunda en los Cuadros, lo que manejó el personal del OIJ, personalmente no participé directamente en el asunto, me reunía con los investigadores en la mañana y en la tarde. La Licda. L.

estuvo muy involucrada en las investigaciones (...) La prueba de luminol arrojó como resultado la existencia de manchas de sangre, llegando a la conclusión de que K. tenía que estar implicada en los homicidios (...) En la cochera uno de los oficiales me habló de la necesidad de entrevistar a G.F. para ver qué conocía sobre otros elementos que pudiera aclarar en detalle los homicidios, ellos me decían que era importantísimo y urgente porque entre más tiempo más se afectaba la verdad. Sabíamos que G.F. después del homicidio acompañaba mucho a K, y si K había tenido contacto con algunas personas, G.F. podía saber sobre ello, porque la podría haber trasladado a hacerlo. Les dije que no teníamos elementos contra él y que si quería ir podía hacerlo, lo llamé y le dije que si estaba de acuerdo con ir, me dijo que no tenía problema, (...). Nos fuimos de regreso, la Licda. L. me dijo que ella se iba a encargar de coordinar lo que faltara, yo me regresé a mi casa. A eso de las 6 y media de la mañana recibí llamada de la Licda. L. y me dijo que habían encontrado el arma que F. había dicho donde estaba, que habían vuelto a la casa de F. Yo le dije que me estaban vacilando, no creí, porque nunca pensé que pudiera haber dado una información de esa naturaleza. En la oficina se discutió después de eso la necesidad de investigar a F., a quien no se le había tomado en cuenta (...) Nunca antes se había investigado a G.F. (...) F. es traslado en un vehículo del OIJ de la Delegación de Heredia, no fue esposado, no estuvo custodiado dentro de la casa, la única persona que tenía custodia era K. F. Estaba a la par de K. (...) F. fue llevado al OIJ en vehículo de este organismo, lo cual no me lo plantié en ese momento, lo que me interesaba es que nos iba a acompañar, no vi cuando se fueron. (...) La Licda. L. no investigaba independientemente, era directora, pero no giraba ninguna instrucción que no fuera a través mío. Recuerdo que dio la orden de investigar a F a partir de la fecha que fue detenido. (...) Los oficiales me sugieren la entrevista, no necesariamente tenía que fiscalizarla, puede ser realizada por los oficiales de investigación. (...) A la Licda. L. le comentaron que G.F. había dicho lo del arma y que ella preguntó porqué lo dijo, porqué le contó, que si quería a los papás, que se quedara callado. Que yo sepa cuando F. contó lo de las manifestaciones ella no se encontraba. (...) La aceptación voluntaria del imputado de ir al OIJ la dijo creo que delante de..." (sic).

Fiscal N° 2, Licda. L. "Soy Fiscal del OIJ a cargo de esta investigación; conozco al imputado a raíz de esta investigación, deseo aportar libro de novedades, fui llamada por oficial F. Por un caso de un carro que se precipitó en un río con muertos (...) Fuimos a la casa de los fallecidos y sus nombres eran conocidos por un juicio anterior relacionado a narcotráfico, fuimos a la casa en Moravia y habían varias personas, pedimos que solo quedaran familiares, iniciamos registro y conversación para determinar a qué se dedicaban, C. era la hija menor e indicó que su padre se dedicaba al narcotráfico y que había peleado con

un narcotraficante (...) allí nos enteramos que ésta el mismo día de la muerte de su padre se fue a vivir a casa de su novio, hablamos con la mamá de F., allí estaba él, según H.M. (Fiscal N° 1) se trasladaría a F. para recibirle declaración como testigo, eso fue en horas de la madrugada,... se delegó la entrevista de F. a la policía por nuestras múltiples ocupaciones respecto de esta investigación (...) los oficiales L. y C estaban entrevistando a F., ellos me dijeron que F. había dicho donde C. escondió el arma, me dijo a mí que yo no sabía cómo sus padres trataban a C., yo le dije a los oficiales que de inmediato sería trasladado a oficina del conserje y que no debía decir ya nada más... Para entonces yo era fiscal adjunta de Heredia (...) La Señora dice que él durmió allí, esa primera vez no hicimos ningún registro en el patio, luego nos trasladamos al OIJ para entrevistarlo y en esa casa no era pertinente por la gran cantidad de gente, a F. lo llevan a oficina del oficial A., se le trasladó en carro del OIJ,... él no mostró renuencia. F. dijo que tenía en la casa el arma con que se había dado muerte a esas personas. El arma se encontró luego de revisar patio trasero, allí se encontró, no recuerdo que dijera en qué lugar de la casa estaba, buscamos en la casa y patio trasero para encontrarla. A ese segundo allanamiento nos acompaña solamente la defensora, F. quedó en la salita del OIJ pero para entonces no como testigo porque ya habían variado las condiciones (...) después del allanamiento de su casa se le informó de sus derechos pero luego de hablar del arma. (...) A la casa de F. el primer ingreso fue autorizado y el segundo no se si fue con orden pero sí recuerdo que había un juez (...) se le llevó a entrevistar sobre las compañías de C. y acerca de lo que había hecho con posterioridad al hecho, etc., sobre ese hecho únicamente se le entrevistó a él" (sic).

Posición de los jueces en el caso.

En este caso concreto, aparte de las pruebas periciales, existió bastante prueba de carácter testimonial. Entre ella las declaraciones de los fiscales que se refirieron a manifestaciones dadas por ambos imputados (la menor de edad y el adulto). El tribunal, al analizar la prueba, decide *absolver* por los delitos de homicidio, y subsidiariamente por el de favorecimiento real. En lo que interesa señala: "En cuanto a la acusación principal del Ministerio Público y la acusación de la querrela, es de resaltar que estas parten de la supuesta existencia de un plan homicida que C. y el acusado A. M. deciden poner en ejecución. Con todo, el Tribunal es del criterio de que ni el Ministerio Público ni la querrela lograron acreditar este extremo. En particular, no se logró demostrar la existencia de un acuerdo previo entre C. y el encartado tendiente a la ejecución de las víctimas. Una vez evacuada la prueba en el debate y valorada ésta con arreglo a las normas de la sana crítica, se llega a la conclusión de que no existen indicios, claros, precisos y concordantes de la existencia

de este supuesto acuerdo delictivo. (...) Por todas estas razones, las propias representaciones del Ministerio Público, en sus conclusiones, estimó que no habían elementos de juicio suficientes para tener al acusado como responsable por los delitos de homicidio que se le habían venido atribuyendo hasta el momento. Pero así como no se ha demostrado la participación del acusado en la muerte de las víctimas ni la existencia de un plan homicida entre el encartado y C, tampoco existen elementos de juicio para tener por acreditada la acusación accesoria..." (sic).

En este caso, los jueces ordenaron el testimonio de piezas contra los fiscales y policías, para investigar si se incurrió en "falso testimonio".

En este caso en particular, ante la solicitud de absolutoria solicitada por el fiscal del caso, el fiscal general, como superior jerárquico, interpuso recurso de casación contra la sentencia absolutoria.

Mediante resolución 826-2000, de las diez horas con cinco minutos del veintiuno de julio de dos mil, la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, acoge el recurso del Ministerio Público en cuanto a la existencia del delito de favorecimiento real, sin embargo, declara que a esa fecha se encuentra prescrito. En cuanto a las declaraciones de los fiscales y su posible responsabilidad por "falso testimonio", revoca la sentencia. En lo que nos interesa el fallo señaló:

"Ahora bien, para la Sala, conforme se indicó, existen elementos de juicio más que suficientes para establecer que el justiciable cometió el delito de favorecimiento real y no se comparten los razonamientos del a quo, que consideró que actuó inculpablemente coaccionado por la menor C. En efecto, se observa una evidencia abrumadora de que el acusado ayudó a aquella a desaparecer rastros importantes del delito, en particular los cuerpos de las personas a que se dio muerte; sin que para establecer ese hecho sea preciso recurrir a la prueba excluida del proceso. Si está claro que el encausado ejecutó los actos constitutivos del favorecimiento real, considerar que obró bajo coacción corresponde a una errónea apreciación de las reglas de la sana crítica, pues lo cierto es que de sus acciones posteriores al hecho se revela que actuó con plena conciencia y libre voluntad, al extremo de que trasladó a su propia casa a la autora de los homicidios y de la supuesta coacción y continuó con ella su relación de noviazgo. En esta tesitura, la sola circunstancia de que la menor hubiese dicho a su hermana que el justiciable actuó por temor a sus amenazas, es de por sí insuficiente para tener por demostrada la causa de inculpabilidad y ni siquiera para introducir las dudas que indicó el Tribunal, en tanto más bien puede responder al afán de la menor de proteger a quien le dio auxilios indispensables para ocultar y entorpecer

la investigación de los homicidios por ella cometidos, dándole incluso resguardo en su casa y callando los hechos en los que, según el a quo, fue obligado a participar, no obstante que ya no podía existir ningún temor fundado a las presuntas amenazas que, a juicio de la Sala, nunca existieron. Lo procedente sería, entonces, anular el fallo en cuanto absolvió al justiciable del delito de favorecimiento real, por basarse en una valoración de la prueba que vulnera el correcto entendimiento humano, ya que concurren elementos de prueba válidos y de entidad más que suficiente para establecer que G. sí cometió ese hecho punible con plena capacidad, conocimiento y voluntad. Sin embargo, lo cierto es que la anulación carecería de todo interés procesal, habida cuenta de que ello implicaría que la acción penal (reducida a un plazo de año y medio desde la primera imputación ocurrida el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho), se hallaría prescrita a la fecha y sería por ello imposible decretar una sentencia de condena contra el acusado por el delito en mención. En virtud de la falta de interés procesal que deriva de estas consideraciones, no procede anular el fallo y se impone declarar sin lugar el recurso.

Vllo- Ahora bien, observa la Sala que el Tribunal dispuso ordenar una investigación para determinar si "las autoridades de policía y del Ministerio Público que declararon en el debate" incurrieron en el delito de Falso testimonio. Este extremo debe ser revocado, como en efecto se dispone, ya que el a quo no solo omite identificar a cuáles funcionarios específicos se refiere, de los que depusieron en la audiencia, sino que tampoco fundamenta las razones en que la orden se basa. Supone la Sala que se refieren los juzgadores a las circunstancias en que se recibió la declaración del justiciable por la policía, sin embargo de la lectura del fallo no se extrae que los funcionarios hubiesen alterado hechos, sino tan solo que hicieron una incorrecta interpretación de las normas que definen la condición de imputado y actuaron creyéndolo un simple testigo. Evidentemente ni este dato constituye un falso testimonio, ni se obtiene del resto del fallo ningún elemento que así lo sugiera, por lo que la medida debe ser revocada. En virtud de lo expuesto, se deja sin efecto el testimonio de piezas ordenado y, salvo esta modificación, permanece inalterado el fallo de mérito en todo lo demás" (sic).

IV. Conclusión

El permitir que la o los fiscales del caso se conviertan en testigos y se introduzcan como "prueba" en el proceso con el fin de lograr el convencimiento judicial, constituye un peligroso mecanismo, porque le otorga una ventaja indebida al Ministerio Público sobre el imputado. Además constituye un procedimiento cuestionable para avalar situaciones que podrían violentar derechos fundamentales.

Es suficiente con que los policías declaren en el proceso e introduzcan oralmente las pesquisas y diligencias policiales.

Esta incompatibilidad, sustentada en que "el objeto de investigación lo han adquirido en *virtud* de su intervención funcional", tiene como finalidad hacer efectivos los principios de lealtad y objetividad que preconiza el modelo marcadamente acusatorio que se pretendió implantar con la reforma procesal de 1996.

Y como corolario de esta reflexión, debemos preguntarnos:

¿Coinciden estas actuaciones con la deontología propia del fiscal dentro de un Estado democrático?

¿Constituye este mecanismo una renuncia de la obligación del Estado de investigar y probar los delitos cometidos?

¿Constituyen una expresión de renuncia o menoscabo de la presunción de inocencia?

Y lo más grave, ¿Constituye este instituto un mecanismo para abandonar la idea central de que en un Estado democrático el ser humano es el fin y no un medio al servicio de este?

La discusión está planteada...

V. Bibliografía

LIBROS

ALBERTAZZI ACUÑA, CONSTANTINO Y SÁNCHEZ CÉSPEDEZ, Víctor. **Análisis de la legislación y las políticas nacionales en la lucha contra el narcotráfico a la luz de la Convención de Viena de 1989**. San José, tesis para optar por el grado en licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1989.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. **Nuevo Proceso Penal y Constitución**. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1^{ra} edición, 1998.

BECK, ULRICH. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**, Barcelona, 1^{ra} edición, AY M GRAFIC, S.L., 1998.

BLANCO JIMÉNEZ, Ana Lorena. **Deberes y derechos del testigo sospechoso en el ordenamiento procesal penal**. San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de grado para optar por la licenciatura en Derecho, 1997.

BILING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. Barcelona, La-bor S.A., 1943.

CAFFERATA NORES, José. **El imputado, (Estudios)**. Buenos Aires, Editora Marcos Lerner, 1982.

CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

CAFFERATA NORES, José. **Los frutos del árbol envenenado**. Buenos Aires, Editorial Depalma, S.A., 1986, p.492.

CAMPOS, Mayra. **La apreciación de la prueba en el proceso penal**. Maestría en Ciencias Penales, 1999.

CARRANZA, Elias. Coordinador. **Delito y seguridad de los habitantes**. San José, 1^{ra} edición, Programa Sistema, Penal y Derechos Humanos ILANUD/COMISIÓN EUROPEA, Siglo XXI Editores, 1997.

CRUZ, Fernando. **La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho**. ILANUD, San José, 1989.

CHANG PIZARRO, Luis Antonio. **Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal**. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 1998.

CHAVARRÍA GUZMÁN, Jorge. **Ley sobre Estupefacientes y Actividades Conexas. Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas**. Comentada y anotada. San José, Editorial Jurídica Continental S.A., 1999

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. **La prueba ilícita en particular. La prueba en el proceso penal II.** Consejo General del Poder Judicial, IX, 1996.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. **Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida. La prueba en el proceso penal II.** Consejo General del Poder Judicial, IX, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

FLORIÁN, Eugenio. **De las pruebas penales**, Bogotá, 2da. edición, Editorial Temis, T.II, 1976.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos del hombre.** Congreso XXV AIDP, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y otros. **Nuevo Proceso Penal y Constitución, garantías procesales y seguridad ciudadana**, San José, Investigaciones Jurídicas, S.A., 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Garantías y sistema penal, relejendo hoy a Cesare Beccaria.** Ediciones Jurídicas Arete, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1999.

PALACIO SÁNCHEZ IZQUIERDO, José Ricardo. Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de gran reforma penal. **La nueva delincuencia I.** Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 1993.

PASTOR BORGONÓN, Blanca, **La prueba ilegalmente obtenida.** En: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial, 1993.

PEREIRA PÉREZ, José María y otro. **La prueba ilícita o espúrea en la doctrina, jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal (sic).** San José, Corte Suprema de Justicia, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales.** España, Cuadernos Civitas, 1999.

VARGAS, Víctor. **Criterios de oportunidad en la lucha contra el crimen organizado**, Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica, N° 4, agosto, 2000.

REVISTAS

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y Estado. **Revista de Ciencias Penales.** Año 8, N° 12, diciembre, 1996, p. 8.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. **Revista de Ciencias Penales**, N° 7, 1993.

HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y Razones. **Revista de Ciencias Penales**, San José, Costa Rica, diciembre 1997, Año 9, N° 14.

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. La prueba ilícita en el proceso penal, **Revista de Ciencias Penales**, San José, Costa Rica, diciembre de 1992, Año 4, N°6.

TIJERINO PACHECO, José María. Debido proceso y pruebas penales. **Revista de Ciencias**

Penales. San José, N° 5, julio de 1993.

VIVES, ANTÓN. **Doctrina constitucional y reforma del proceso penal.** Revista Poder Judicial, número especial II, 1987.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Sala Constitucional, voto 865-91, de las 15:04 h del 3 de mayo de 1991.

Sala Constitucional, voto 4142, de las catorce horas cincuenta minutos del 2 de junio de 1999.

Sala Constitucional, voto 2404-98, de las dieciséis horas 18 minutos del 1 ° de abril de 1998.

Sala Tercera, voto 188-99 de las 9:10 h del 19 de febrero de 1999.

Sala Tercera, voto 1474-97, de las 9:50 h del 23 de diciembre de 1997.

SENTENCIA

Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del primero de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.