

Algunas reflexiones acerca de los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal

Por Francisco Sánchez Fallas*

Sumario. La investigación preparatoria en un sistema acusatorio: I.1. El sistema acusatorio. I. 2. El sistema acusatorio y la Constitución. I.3.. La investigación en el sistema acusatorio. I.4. La investigación preparatoria en el Código Procesal Penal costarricense. II. Los actos definitivos e irreproducibles: II.1. Concepto. II.2. Régimen de los actos definitivos e irreproducibles en el Código Procesal Penal. II.3. ¿Es el acto definitivo e irreproducible un acto que, por su naturaleza, debe ser realizado por el órgano jurisdiccional? II.4. Intervención de la defensa en los actos definitivos e irreproducibles. II.5. Conclusión.

I. La investigación preparatoria en un sistema con características acusatorias

I.1. El sistema acusatorio. Debo reconocer la dificultad de definir el concepto de "sistema acusatorio", en especial cuando se hace alusión a sus características y luego se contraponen a las de otros sistemas procesales de investigar y juzgar delitos; y al hacer alusión a esas características debo concluir que tampoco existe algo que pueda llamarse, por excelencia, "sistema acusatorio"; dado que esas características vienen definidas por variables de distinta naturaleza¹.

De esta forma, si bien debo reconocer la coexistencia de *sistemas acusatorios* con características distintas, la doctrina ha señalado algunas de las más representativas. En este sentido, Armenta Deu² indica que las notas esenciales del sistema acusatorio son la necesidad de acción previa para iniciar el proceso y la separación estricta entre la función acusadora y la enjuiciadora. Llobet señala que, en sus orígenes históricos, el procedimiento acusatorio se caracterizaba por que "[...] la acusación le correspondía a una persona distinta del juez [...]"³. Asimismo, Levene construye el concepto esencial del sistema acusatorio a partir de tres funciones distintas: la de acusar, la de defensa y la de decisión, indicando que cuando estas son encomendadas a tres órganos independientes, el proceso será acusatorio⁴.

* Juez de juicio.

¹ Algunas variables que se han mencionado en vista de que contribuyen a caracterizar de distinta manera sistemas que, con todo, son de corte acusatorio, son las siguientes: la tradición popular, los mecanismos particulares de ejercicio del poder, el poder real de las fuerzas sociales. (Cfr. Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2005, pág.10).

² Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Citada en: Guerrero Palomares, Salvador. *El Principio Acusatorio*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 53.

³ Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005, tomo I, pág.69.

⁴ Levene, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, segunda edición, 1993, tomo I, pág.105.

I.2. El sistema acusatorio y la Constitución. Puedo señalar, sin temor a equivocarme, que un sistema procesal de corte acusatorio sirve de mejor manera que uno inquisitivo para asegurar características que, según nuestra Constitución Política, corresponden al proceso judicial que debe seguirse para investigar y juzgar delitos.

Por ende, la posición del(a) juez(a) en un sistema de características acusatorias, es decir un(a) juez(a) que no se inmiscuye ni se interesa de oficio, sino excepcionalmente, en las investigaciones, contribuye de mejor manera a hacer efectiva una situación de **igualdad** procesal entre las demás partes, ya que no está comprometido(a) con ninguna. Por esto, el artículo 6 párrafo tercero del Código Procesal Penal señala expresamente el deber del(a) juez(a) de preservar la igualdad procesal, y allanar los obstáculos que la impidan o debiliten.

También, el sistema acusatorio, merced a la oralidad que lo caracteriza, hace más real el **acceso directo del(a) ciudadano(a) a la justicia**, pues esta forma de comunicación coloca al(a) juez(a) frente a la persona involucrada, sea acusado(a) u ofendido(a), y esta puede en forma inmediata transmitirle al(a) juzgador(a) su punto de vista sobre lo que haya de resolverse, a la vez que se entera directamente, de boca del(a) propio(a) juez(a), de los fundamentos de su decisión.

Por otro lado, el sistema acusatorio posibilita con más intensidad el postulado de la **imparcialidad del(a) juez(a)**, al distinguir con claridad las funciones de acusar y juzgar, como lo dispone con absoluta claridad el artículo 277 párrafo segundo del Código Procesal Penal.

Con lo anterior no quiero tampoco afirmar que un sistema procesal distinto del acusatorio sea, entonces, inconstitucional: simplemente quiero resaltar que un sistema con características acusatorias sirve de mejor manera al diseño constitucional del proceso penal, que otros sistemas de investigación y juzgamiento de delitos, por lo que no solo es necesario, sino conveniente a los intereses de la justicia, mantener, en la praxis y en la jurisprudencia, sus características esenciales.

I.3. La investigación en el sistema acusatorio. Tal y como se ha señalado en doctrina⁵, existen características esenciales de la investigación en un sistema de corte acusatorio, donde son especialmente relevantes las siguientes:

I.3.1. La separación de funciones impide al(a) juez(a) iniciar de oficio un proceso penal y lo inhibe de inmiscuirse en actos de investigación, salvo los casos de excepción en que debe hacerlo por disposición expresa del(a) legislador(a): en un sistema de características acusatorias no hay jurisdicción sin acción externa.

De esto se deriva la contradicción sistémica existente en un caso en que el/la juez(a), sin gestión de parte, disponga alguna medida que afecte derechos fundamentales de algún particular.

I.3.2. La separación de funciones delega la carga de la prueba en manos de las partes acusadoras; así, corresponde entonces a la fiscalía, o al(a) acusador(a) privado(a) en los casos en que su intervención sea posible, el probar la culpabilidad del(a) acusado(a) en los hechos que se investigan. Esta aseveración debe matizarse en aquellos sistemas que, por no ser acusatorios en su forma pura, permiten la gestión probatoria del(a) juez(a) en supuestos concretos.

⁵ Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Editorial Temis, Bogotá, 2005, págs. 14-23).

I.3.3. Por su parte, la gestión probatoria en manos de las partes acusadoras lleva a la contradicción entre partes. Esa contradicción es evidente desde el momento en que existe una parte interesada en recabar prueba y otra interesada en verificar que la que se recabe sea legítima, y en producir contrapueba que refute la recabada por la parte acusadora. La contradicción debe posibilitarse ya desde la propia investigación preparatoria, no solo porque algunas pruebas producidas en esa etapa pueden incorporarse directamente al debate, sino además porque, en general, la investigación preliminar perfila el resultado del proceso como ha señalado Schünemann “[...] los dados caen por lo general en la instrucción, y un desarrollo equivocado en ese estadio sólo puede ser corregido en la etapa de juicio oral en casos excepcionales [...]”⁶.

Por otra parte, es clara la importancia de la contradicción en la etapa preparatoria, no solo para darle contenido esencial al derecho fundamental a la defensa del(a) acusado(a) sino además para asegurar que la decisión final del(a) investigador(a) (llámese fiscal o querellante) sea tomada de frente a todas las variables probatorias y procesales a considerar, y sea, en consecuencia, una decisión firmemente apoyada y, además, convincente.

Empero, no es entendible la negativa, sin más, del órgano investigador a permitir la intervención de la defensa en la etapa de investigación ni su negativa a tomar en cuenta las pruebas ofrecidas por ella; pues así lo único que se logra es una decisión conclusiva que puede resultar incompleta y sesgada, en el tanto se dejan de lado apreciaciones e hipótesis que luego, en debate, pueden resultar incluso más convincentes y fuertes, desmejorándose así la posición de la fiscalía en la etapa crucial del proceso⁷.

No obstante, se debe tener presente que nunca existirá una investigación completamente contradictoria ya que, como con acierto y gran sentido práctico ha señalado Schünemann, las autoridades de persecución penal deben conservar el derecho de definir la estrategia de la investigación y de mantener alejada a la defensa cuando su participación ponga en riesgo el éxito de las indagaciones⁸.

I.4. La investigación preparatoria en el Código Procesal Penal

En forma coincidente con las principales características que históricamente han sido propias del sistema acusatorio, nuestro Código Procesal Penal establece en principio, pero con claridad, la distinción entre la función de investigar y acusar un delito, y la función de juzgarlo.

Así, la investigación preparatoria está a cargo, esencialmente, del Ministerio Público, tal y como se desprende de la lectura de los artículos 16 párrafo primero, 62, 275, 277, 289 y 291 del Código Procesal Penal. La intervención del órgano jurisdiccional en la investigación es excepcional, y ocurre en los supuestos que en forma general se enuncian en los numerales 277 y 293 de ese cuerpo normativo.

⁶ Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.37.

⁷ Como señala Alexy, haciendo alusión a la teoría de la argumentación de Perelman, “[...] *Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuáles él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presente también los respectivos contraargumentos [...]*”. (Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, Madrid, 2007, pág.169).

⁸ Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.67.

No obstante, debo reconocer que el/la legislador(a) ha reservado al(a) juez(a) cierta autonomía en la gestión y obtención de la prueba, como lo refleja el contenido de los artículos 314, 320, 327 y 355 del Código Procesal Penal: debe entenderse, a partir de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 277 antes citado, que esa posibilidad es excepcional.

La intervención del(a) juez(a) penal en la investigación de un delito resulta ser un supuesto aislado, y además es legítimo solo por disposición expresa del(a) legislador(a): quien investiga es el/la fiscal, no el/la juez(a). De allí que se haya señalado que en la investigación preparatoria el/la juez(a) penal aparece "[...] no ya como un clásico juez "de la causa", sino, mejor aún, como un juez "para" la causa [...]"⁹. Por consiguiente, la actuación jurisdiccional en la investigación preparatoria es, entonces, un elemento accidental en esa etapa del proceso, ya que esta puede transcurrir y finalizar sin que haya sido necesaria esa actuación.

Finalmente, el contradictorio en nuestra investigación preparatoria se posibilita a partir de la exigencia para el/la fiscal de permitir la presencia de las partes en los actos que practique, ello según el párrafo primero del artículo 292 del Código Procesal Penal. Esa misma norma establece la excepción apuntada líneas atrás, en el sentido de que la intervención de las partes no debe interferir con el normal desarrollo de las investigaciones.

II. Los actos definitivos e irreproducibles

II.1. Concepto

Estos actos han sido definidos en atención a las características propias de los adjetivos "definitivo" por una parte e "irreproducible" por otra.

Se ha señalado que

[...] el acto es definitivo si, para servir de prueba en el juicio, no es necesario repetirlo y mejorarlo procesalmente. Ese acto es irreproducible si no se lo puede repetir en idénticas condiciones [...]"¹⁰.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que la legislación requiere expresamente que el acto tenga ambas características, es decir, debe ser definitivo e irreproducible: el artículo 293, que introduce el concepto, está redactado de tal manera que ambas cualidades deben concurrir en el acto particular¹¹.

No obstante, el concepto de acto definitivo e irreproducible es un concepto que puede prestarse a confusión, ya que debemos reconocer que en realidad todo acto procesal, sea de recabación de prueba o decisorio, es siempre definitivo pues ese acto, como tal, una vez realizado ya no se puede modificar; y, por otra parte, todo acto procesal es también irreproducible ya que si se vuelve a realizar será otro acto diferente, realizado en otro momento histórico y en otras circunstancias¹².

⁹ Bertolino, Pedro J. *El Juez de Garantías*. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 2000, pág.112.

¹⁰ Núñez, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Marcos Lerner Editor, segunda edición, 1986, pág.187.

¹¹ Se ha señalado en doctrina que para distinguirlo de otros actos de recabación probatoria, el acto en especial debe reunir ambas características, pues solo así se justificaría un trato diferenciado. Vid., Darritchon, Luis. *Cómo es el nuevo proceso penal*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo 6, pág.52).

¹² Respecto de lo equívoco y relativo de los conceptos definitivo e irreproducible, se ha señalado "[...] Pues bien, ¿qué es lo definitivo y que es lo irreproducible? Para responder a la pregunta debemos decir que todo acto procesal probatorio es siempre definitivo, porque ese acto, como tal, nunca puede ser igualmente reproducido. También podemos decir que todo acto probatorio es reproducible, pero sus efectos sometidos al transcurso del tiempo, no pueden otorgar la misma conclusión y, por ende, el primer acto es definitivo y, como tal, no puede ser

En un proceso penal con características acusatorias, la verdadera importancia de los actos de investigación y acopio de prueba, que puedan ser considerados como definitivos e irreproducibles en el sentido expuesto por Núñez, no radica en que sean definitivos y que no se puedan repetir: el hecho de que un acto probatorio sea definitivo o irreproducible no tiene, por esa sola circunstancia, relevancia a los efectos de determinar quién debe realizarlo, sobre todo en un sistema en el cual la policía judicial y el Ministerio Público están facultados para realizar actos de investigación

Las características propias de la investigación penal preparatoria hacen que muchos de los actos de investigación que se realizan sean definitivos, pues por sí solos pueden ser incorporados válidamente a juicio. Es por esto que, el levantamiento de huellas dactilares en el sitio del suceso, la inspección de una escena de crimen, la requisita corporal de una persona en la vía pública, el secuestro de una evidencia en un sitio de acceso público: todos son actos de recolección de prueba que se realizan a diario en la investigación de delitos y, pese a la importancia que puedan revestir para la decisión final del caso, son realizados directamente por la policía o por el fiscal.

De hecho, la referencia expresa a los actos definitivos e irreproducibles, por innecesaria que resulte, debería desaparecer como criterio para definir quién debe realizar ese tipo de diligencias, y hacer énfasis en otras características del acto que sí tienen relevancia para ese efecto.

II.2. Régimen de los actos definitivos e irreproducibles en el Código Procesal Penal y su tratamiento en la jurisprudencia

Nuestra legislación procesal penal no contiene una definición de lo que debemos entender por acto definitivo e irreproducible, lo cual hace necesario acudir a otras fuentes para entender ese concepto, siendo de especial interés los criterios de la doctrina al respecto.

Pero más allá de esa indefinición normativa, el Código Procesal Penal regula de manera contradictoria el punto referente a quién debe realizar ese tipo de actos en el proceso.

Partiendo de la conceptualización antes apuntada, extraída de autorizadas fuentes doctrinarias, debe considerarse que en la normativa procesal existen disposiciones que, en forma general, señalan que tal tipo de actos deben ser realizados mediante las formalidades del anticipo jurisdiccional de prueba, cuya realización es propia del órgano jurisdiccional; pero existen otras disposiciones que, en forma contraria, autorizan expresamente aun a la policía judicial, a realizar actos que asumen esas características.

II.2.1. El numeral 293 del CPP señala expresamente que cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o se deba recibir una declaración con las características que allí se señalan, corresponde al(a) juez(a) recibirla o realizarla.

II.2.2. Por otra parte, el artículo 286 del mismo cuerpo legal expresamente autoriza a la policía judicial a realizar actos que por sus características son claramente definitivos e irreproducibles, por ejemplo: hacer constar el estado de personas, cosas o lugares, cuando exista el peligro de que una demora comprometa el éxito de la investigación, ello mediante

reproducido [...]". Vid., Hidalgo Murillo, José Daniel. Introducción al Código Procesal Penal. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1998, pág.368).

inspecciones, planos o fotografías; realizar exámenes técnicos y otras operaciones que requiera la adecuada investigación; cuidar que los rastros del delito sean recolectados y conservados.

Asimismo, el artículo 290 del CPP señala que el/la fiscal practicará las diligencias y actuaciones de investigación que no requieran autorización jurisdiccional. Si tomamos en cuenta que los actos definitivos e irreproducibles, según el artículo 293 del mismo cuerpo legal, deben ser realizados por el/la juez(a), no podría entonces el/la fiscal realizarlos; pero esta conclusión carece de sentido al confrontarla con la disposición del artículo 286 ídem que le permite realizar actos con esas características a la policía judicial en forma directa. Ahora bien, en un sistema con características acusatorias, donde la investigación preparatoria es responsabilidad del(a) fiscal y la policía judicial actúa bajo su dirección funcional, no se entiende cómo al(a) fiscal se le prohíbe hacer por sí mismo(a) un acto que sí se le permite a su subordinado(a) funcional.

En el mismo sentido, el artículo 199 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres (Ley n.º 7331) faculta expresamente a las autoridades de tránsito a realizar, en forma directa y en el lugar de los hechos, pruebas de aliento por medio de alcohosensores u otros dispositivos, las cuales son idóneas para acreditar el estado de intoxicación etílica de un conductor.

II.2.3. La jurisprudencia ha seguido el mismo camino —un tanto incierto— respecto de quién debe realizar los actos definitivos e irreproducibles en el proceso penal. La Sala III de la Corte, en forma reiterada, había sostenido que actos definitivos e irreproducibles como: la marcación de billetes previa a una precompra de droga, la requisita al(a) colaborador(a) policial, la entrega del dinero al(a) colaborador(a); todos estos, eran actos para los cuales estaban facultados de manera suficiente el/la fiscal y la policía. Al respecto, en la sentencia 366-2001 de la Sala III se hace ver que

[...] los oficiales de policía pueden realizar actos probatorios que pueden incorporarse al debate para ser analizados conforme a las reglas de la sana crítica, sin que tales actos puedan ser repetidos luego en el curso del proceso penal, como ocurre, por ejemplo, con el decomiso de bienes verificado en el lugar de los hechos, motivo por el cual la legislación procesal les autoriza a realizarlos con el fin de que puedan ser válidamente incorporados al proceso y sometidos al juicio crítico de las partes y de los jueces [...]

Por otra parte, existe un cambio de criterio importante en la sentencia 9-2007, recaída en una causa por “posesión de droga para el tráfico”, en la cual se hizo ver que

[...] Dentro de un sistema acusatorio, y en el caso que nos ocupa, la función del juez es garantizar los derechos de las partes, así como la validez del operativo. La manera en la cual estos agentes policiales del Ministerio de Seguridad Pública decidieron realizar el intercambio, requería no sólo de la concurrencia de la dirección funcional del Fiscal, sino también la participación de un juez penal que, a solicitud del Ministerio Público, marcara los billetes que iban a ser utilizados en la compra controlada, y participara en las respectivas requisas, la entrega del dinero a los oficiales y la compra controlada a los imputados [...]

La circunstancia de que en este pronunciamiento se haga referencia a una intervención de oficiales de la policía administrativa y no de la policía judicial, no es cuestión relevante

desde el momento en que el artículo 284 del Código Procesal Penal dispone que tales oficiales serán considerados como agentes judiciales cuando cumplan funciones de policía represiva.

En contraposición, el Tribunal de Casación Penal de la sede Goicoechea, en la sentencia 587-2007, hizo ver que la recabación probatoria, aún y cuando sea definitiva e irreproducible, puede ser realizada en forma independiente por el/la fiscal y la policía, en tanto que no exista afectación de derechos fundamentales: es decir, el que un acto sea definitivo y que no se pueda reproducir posteriormente, son cualidades que no lo convierten, en forma automática y por esa sola circunstancia, en un acto de naturaleza jurisdiccional. Al respecto, el mismo Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, en la sentencia 1575-2007 señaló la validez de una requisita efectuada en forma directa por la autoridad de policía, acto que, por razones obvias, debe ser considerado como definitivo e irreproducible.

II.2.4. Queda claro que tanto la regulación normativa como la respuesta jurisprudencial sobre este particular no son homogéneas en señalar la naturaleza necesariamente jurisdiccional del acto definitivo e irreproducible.

II.3. ¿Es el acto definitivo e irreproducible un acto que, únicamente por serlo, debe ser realizado por el órgano jurisdiccional?

La jurisprudencia nacional ha fundado la necesidad de que un acto definitivo e irreproducible sea practicado por el/la juez(a), en distintas razones; empero, dichas razones, como de seguido se expone, no parecen adecuadas para llegar a esa conclusión.

II.3.1. Se ha señalado que, en una precompra controlada de droga planeada como operativo final, era necesario contar con la presencia de un(a) juez(a) por tres razones básicas: porque la compra controlada luego se incorporaría al debate como prueba, porque el/la juez(a) debe garantizar la validez del operativo, y para que la prueba fuera irrefutable y el tribunal pudiera así fundar adecuadamente la sentencia¹³.

II.3.1.1. El hecho de que la precompra final luego pudiera ser incorporada como prueba al debate no es una cuestión que conlleve la necesidad de que sea realizada por orden y con intervención del(a) juez(a) de la etapa preparatoria.

Más bien, no existe ninguna norma que indique que para incorporar las pruebas al debate estas, necesariamente, deben haber sido practicadas con la intervención del(a) juez(a). Por el contrario, el artículo 334 inciso b) del CPP autoriza la introducción al debate de pruebas que, por razones obvias, se produjeron sin la presencia del(a) juez(a), como lo son la denuncia (el/la juez(a) no recibe denuncias), las actas de registro e inspección (la policía está autorizada a practicarlos, tanto normativa como jurisprudencialmente) y las actas de secuestro (la policía y el/la fiscal pueden realizarlo, como lo indica el artículo 198 del CPP).

Por esto, la exigencia jurisprudencial de comentario se traduciría, en el fondo, en la necesidad de jurisdiccionalizar gran cantidad de actos de recabación probatoria, inclusive los sumamente sencillos como una recolección de huellas dactilares o una inspección, pues solo

¹³ Sala Tercera de la Corte, sentencia 9-2007, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diecinueve de enero de dos mil siete.

así se podrían incorporar a debate. Esa posibilidad no parece correcta, no solo por razones teóricas, pues es impropia de un sistema marcadamente acusatorio como el que nos rige en el que existe una clara diferenciación entre la función jurisdiccional y la función investigativa; sino además por razones normativas, pues el artículo 277 párrafo segundo del CPP señala que los(as) jueces(zas) no podrán realizar actos de investigación, salvo las excepciones expresas, dentro de las cuales no se encuentra comprendida la exigencia jurisprudencial de comentario.

II.3.1.2. Tampoco parece correcto señalar que sea función del(a) juez(a) de la etapa preparatoria intervenir en los actos de recabación probatoria para darles validez.

En consecuencia, no queda claro, en primer lugar, cuál es esa validez que solamente se obtiene si el/la juez(a) interviene en la investigación. Pero como ha quedado expuesto, en nuestro sistema marcadamente acusatorio, por el contrario, la investigación preparatoria es válida si es realizada bajo la dirección funcional del Ministerio Público.

En ese aspecto, se trata de validez formal, es decir del respeto de las formas establecidas para producir la prueba, lo importante es, entonces, el efectivo respeto de esas formas por parte del órgano encargado de investigar, es decir del(a) fiscal, y de la policía cuando actúa en virtud de dirección funcional.

Igualmente, se ha señalado que la intervención del(a) juez(a) en una escena criminal encuentra su razón de ser

[...] en la necesidad de legitimar la recabación probatoria, pues el Juez, como sujeto especializado en la materia procesal, tiene conocimiento de las formalidades que exige cada elemento probatorio [...]¹⁴

No obstante, esa función no es propia del órgano jurisdiccional en un sistema procesal como el que nos rige. El cumplimiento de las formas procesales es responsabilidad esencialmente del(a) fiscal, ya que este órgano debe interesarse en la producción y utilización de prueba de calidad con la cual pueda lograr que su caso sea avalado por el tribunal en sentencia: no es tarea del(a) juez(a) estar corrigiendo los defectos procesales en que incurra el/la fiscal.

En todo caso, esa tarea no solo es teóricamente inaceptable, sino además materialmente imposible de cumplir, ya que como se ha indicado

[...] un control que merezca esta denominación supone obviamente que quien controla posea el mismo nivel de información que el controlado. Con otras palabras, que el juez de instrucción tenga el mismo conocimiento de las actuaciones que el fiscal que hace la solicitud [...]¹⁵.

En ese mismo sentido ha señalado Dencker que "[...] *El control judicial ejercido por el juez de la investigación preliminar no puede ser caracterizado seriamente como control [...]*"¹⁶.

¹⁴ Hidalgo Murillo, José Daniel. *Introducción al Código Procesal Penal*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1998, primera edición, pág.388.

¹⁵ Schünemann, Bernd. *La reforma del Proceso Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pág.57.

¹⁶ Dencker, Friedrich. "Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal". En *Revista Nueva Doctrina Penal*, año 1998/B. Editores del Puerto, pág.492.

Y no es aceptable, ni posible en términos reales, que el/la juez(a) esté al tanto e intervenga en todos los actos de recabación probatoria, simplemente para verificar que las cosas se hagan respetando las formas establecidas: eso significa, ni más ni menos, convertir la etapa preparatoria en una etapa jurisdiccional en su totalidad.

II.3.1.3. Tampoco es función del(a) juez(a) intervenir en la producción de la prueba para que esta sea irrefutable.

En consecuencia, debe reconocerse la existencia de dos dimensiones distintas de la prueba como son, por una parte, su *validez y legalidad*: las que se derivan del respeto a las normas procesales; por otra parte, su *valor probatorio e irrefutabilidad*: lo que no depende de la intervención del(a) juez(a), pues aun con su intervención la prueba se puede refutar o contradecir con otras pruebas.

II.3.2. Por otra parte, se ha señalado que el hecho de que se trate de una fase trascendente del proceso, como el caso del operativo final de precompra de droga, implica la necesaria intervención del(a) juez(a) penal¹⁷.

Pero ese criterio tampoco parece adecuado, toda vez que es irrelevante el orden cronológico que tenga el acto en el contexto de la etapa preparatoria: no interesa que sea el primero, el tercero o el último, pues lo relevante son las características del acto mismo. En muchos casos, la prueba esencial es la que se recibe en los albores de la investigación, por ejemplo un levantamiento de huellas dactilares en la escena de un robo a una vivienda, que luego del debate sirve como fundamento probatorio de una sentencia condenatoria.

II.3.3. Podría pensarse en la exigencia de que el/la juez(a) intervenga en la producción de la prueba, cuando esta sea de tal importancia que sea suficiente para fundar una sentencia condenatoria: argumentando que esa prueba por sí sola es suficiente para afectar el derecho fundamental a la libertad personal.

No obstante, esa razón no parece suficiente para derivar de ella la necesaria jurisdiccionalización de un acto probatorio: para arribar a esa conclusión debe atenderse a las características propias del acto mismo, y no al resultado final que pueda derivar de la utilización de la prueba en debate. Como ha hecho ver la jurisprudencia

[...] Si bien el juez penal, tal y como consta en el acta visible a folio 90, realiza la requisita del oficial encubierto Ferreto Salazar y procede a entregarle los billetes marcados, con el fin de utilizarlos en la compra de la droga; y es esa misma autoridad quien después de realizarse la compra controlada de droga, la recibe de manos del oficial Ferreto (cfr . folio 91); dichas actuaciones no involucran o afectan derechos fundamentales del justiciable, ergo, podrían haber estado a cargo del fiscal ...]¹⁸.

¹⁷ Sala Tercera de la Corte, sentencia 311-2006 de las nueve horas treinta minutos del siete de abril de dos mil seis.

¹⁸ Tribunal de Casación Penal, Goicoechea, sentencia 1006-2007 de las 15:25 horas del 6 de setiembre de 2007.

Es decir, es la propia naturaleza del acto, y especialmente su afectación a derechos fundamentales, lo que sirve de fundamento a la necesaria intervención jurisdiccional¹⁹.

II.4. Intervención de la defensa en los actos definitivos e irreproducibles

La intervención de la defensa en la práctica de los actos definitivos e irreproducibles merece un comentario aparte.

En primer lugar, como lo ha señalado la jurisprudencia, existirán casos en los que, por especiales circunstancias como pueden serlo la urgencia en su realización o la necesidad de llevarlo a cabo sin previo aviso para no entorpecer la diligencia misma, no será posible ni exigido contar con un(a) defensor(a) al momento de realizar el acto de que se trate.

Pero más allá de esas situaciones particulares, la exigencia del contradictorio en la etapa preparatoria, en su doble vertiente, es decir para asegurar el ejercicio de la defensa ya desde la investigación preliminar, pero también para asegurar que la decisión conclusiva sea de calidad, es decir que no esté fundada unidireccionalmente sino que sea comprensiva de las distintas hipótesis que puedan plantearse, es una exigencia que debe atender el Ministerio Público.

Como ha expuesto Roxin, la tarea del(a) fiscal es compleja desde el punto de vista psicológico, ya que en función del principio de objetividad que rige sus actuaciones, debe probar la culpabilidad del(a) acusado(a), pero también debe defenderlo(a) investigando cuestiones que le sean favorables²⁰. En ese contexto, la intervención de la defensa resulta de suma importancia para hacer valer, de forma clara y definitiva, los hechos y las pruebas que puedan contribuir a fortalecer la posición del(a) acusado(a).

Al respecto, no es desde ningún punto de vista admisible que en la investigación preparatoria el/la defensor(a) sea visto(a) como un(a) interviniente al(a) que se debe tratar con desconfianza. Antes bien, su intervención en el proceso contribuye a depurar la prueba de cargo, da efectividad al contradictorio en esta etapa, el cual, si bien limitado en algunos aspectos, contribuye a fortalecer la hipótesis fiscal reflejada en el requerimiento conclusivo.

De otro modo, en nada contribuye a la *administración de justicia* una investigación preparatoria realizada a espaldas de la defensa; por el contrario, esa práctica puede derivar en una recabación probatoria que, por incuestionada pueda resultar ineficaz al advertirse posteriormente defectos en su producción, o que por haberse formado unidireccionalmente, sin tomar en cuenta hipótesis alternativas, resulta insuficiente para acoger las pretensiones fiscales: todo ello con el agravante de que en la etapa de juicio es sumamente difícil corregir yerros investigativos.

¹⁹ En el mismo sentido el Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, en la sentencia 961-2007 de las 9:45 del 30 de agosto de 2007 señaló "[...] En consecuencia, las investigaciones por venta o tráfico de drogas en que se realizan operativos de compras controladas, pueden ser realizadas por el Fiscal de la causa pues no existe alguna norma que obligue a que tales actos deban necesariamente ser autorizadas por el Juez Penal (En igual sentido sentencia 2007-0792 de 26 de julio de 2007 del Tribunal de Casación Penal de San José y 2007-00324 del Tribunal de Casación de San Ramón). Se requiere la intervención jurisdiccional cuando deba realizarse allanamientos u ordenarse intervenciones corporales que puedan lesionar en forma muy considerable el derecho a la intimidad, como por ejemplo cuando se oculta droga en ciertas partes del cuerpo. (Ver sentencia 1428-96 de la Sala Constitucional). En consecuencia, aún cuando se solicita la intervención de juez para tales actos, es lo cierto que el operativo en lugar público no requiere autorización jurisdiccional [...]". (Tribunal de Casación Penal, Goicoechea, sentencia 961-2007 de las 9:45 del 30 de agosto de 2007).

²⁰ Roxin, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pág. 40.

En definitiva, como ha señalado Hassemer *"Cuanto más efectivamente participe el imputado en el desarrollo y la finalización del procedimiento, tanto más se podrá contar con un control del poder estatal en el procedimiento penal [...]"*²¹.

II.5. A modo de conclusión. No es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional en los actos definitivos e irreproducibles, en tanto no se vulneren derechos fundamentales: ello desnaturaliza el sistema procesal marcadamente acusatorio que nos rige

De lo antes expuesto puedo extraer algunas ideas importantes sobre el tema que me ocupa.

II.5.1. La circunstancia de que un acto de investigación sea definitivo e irreproducible no es suficiente por sí sola para señalar que se trata de un acto que debe ser ordenado y realizado por el órgano jurisdiccional: esa afirmación es contraria al diseño marcadamente acusatorio de nuestro proceso penal.

II.5.2. No es correcto establecer un sistema de prueba tasada y afirmar que en determinados casos, por ejemplo cuando la actividad policial para comprobar el delito sea la única prueba existente, se requiere que la recabación probatoria esté controlada jurisdiccionalmente: debe imperar, aun en tales casos, la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, para extraer de ella las conclusiones que correspondan.

II.5.3. La verdadera razón por la que el órgano jurisdiccional debe intervenir en la investigación preparatoria no tiene que ver con los actos definitivos e irreproducibles; esa intervención se justifica únicamente cuando nos encontramos frente a actos de investigación que lesionan derechos fundamentales. Por ende, ampliar la intervención del(a) juez(a) a supuestos distintos conllevaría a jurisdiccionalizar la investigación de manera innecesaria.

II.5.4. Una correcta comprensión de nuestro sistema procesal, en mi criterio, debe arrojar los siguientes resultados sobre el tema que me ocupa.

II.5.4.1. Durante la investigación preparatoria, el Ministerio Público debe permitir amplia participación a la defensa técnica y al(a) acusado(a) en los actos de investigación que se realicen, especialmente cuando se trata de actos definitivos e irreproducibles, con la única excepción de aquellos que, por sus características, requieran del factor sorpresa para su realización y, por ello, no se puede avisar de previo a las partes: en estos casos excepcionales el resultado obtenido debe ser comunicado a la defensa técnica y al(a) acusado(a) en cuanto sea posible.

II.5.4.2. Durante la investigación preparatoria el órgano jurisdiccional no debe ser llamado a intervenir más que en aquellos actos que lesionen derechos fundamentales o en los que, en forma expresa, se requiera su presencia, por ejemplo en los casos de levantamiento de cuerpos.

II.5.4.3. Corresponde al(a) juez(a) de la etapa intermedia, en la audiencia preliminar, y posteriormente, en su caso, al tribunal de juicio, valorar la corrección de las investigaciones realizadas bajo la dirección funcional del Ministerio Público, y determinar cuáles resultan legítimas y son admisibles para fundar la sentencia, y cuáles deben ser excluidas por haberse incurrido en algún vicio absoluto en su producción y/o manipulación.

II.5.5. La función jurisdiccional de velar por el respeto a los derechos fundamentales en la investigación preparatoria no puede llevarse a extremos tales que desnaturalicen el diseño acusatorio y lleven a jurisdiccionalizar la investigación. Por el contrario, lo propio es que el

²¹ Hassemer, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 86.

órgano jurisdiccional haga una revisión “ex post” de las investigaciones, y discrimine las que son utilizables y excluya las que no lo son.

Pero la consecuencia última de ese control posterior es la supresión de la prueba ilícita, sobre lo cual la Sala Constitucional ha mantenido una posición constante

[...] sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí —sobre lo cual no parece haber ninguna discusión—, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio [...] (cfr. Sala Constitucional, sentencia 1739-92).

II.5.5.1. La solución que se propone ha sido avalada en doctrina y asimismo reciente jurisprudencia de casación la contempla. El Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, ha señalado

[...] También, difiere este Tribunal del criterio externado en el fallo, que para la práctica de la requisita sea requisito de validez de la prueba, la presencia de un tercero ajeno a la policía, pues el artículo 189 aunque lo impone como regla para garantizar la objetividad de la actuación policial, no obstante en los casos en que no exista alguna otra persona tampoco podrá esta exigencia tornar imposible su práctica ni inválida la prueba, solamente que será de notar por el juez al momento de valorar la evidencia, para determinar la transparencia en la obtención y la certeza de su origen [...] (cfr. Tribunal de Casación Penal, sede Goicoechea, sentencia 1575-2007 de las 8:45 horas del 14 de diciembre de 2007).

Por su parte Dencker hace ver que el control jurisdiccional sobre los actos investigativos realizados preliminarmente por el/la fiscal debe ser, necesariamente, posterior y posibilitando el contradictorio, de modo que así se seleccionen las evidencias que pueden ser usadas para la decisión final del caso²².

II.5.6. Si existe desconfianza respecto de la labor investigativa a cargo del Ministerio Público, la solución no pasa por imponer la presencia del(a) juez(a) en actos que por su naturaleza no lo requieren: con ello lo que se logra es la jurisdiccionalización de la etapa preparatoria, suprimiendo así la diferenciación entre las funciones de investigar y juzgar.

En principio, la solución pasa por promover el principio de objetividad y el deber del(a) fiscal de permitir la intervención de la defensa en los actos del procedimiento: el/la fiscal no debe ver al(a) defensor(a) como un obstáculo, sino como un(a) interviniente que ayuda a depurar los actos de investigación, de modo que estos puedan considerarse y utilizarse, legítimamente, en el proceso. Y, en segundo término, la supresión de la prueba ilícita será la consecuencia inevitable que deberá asumir el Ministerio Público, en aquellos casos en los que en definitiva haya existido un defecto esencial en la producción y recabación de la prueba.

²² Dencker, Friedrich. “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. *Revista Nueva Doctrina Penal*, 1998/B. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pág. 493.