

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

LIC. MARIO ENRIQUE GÓMEZ SOMARRIBAS
Juez Penal de Cartago

INTRODUCCIÓN

A través de estas pocas líneas, y con las limitaciones de espacio y tiempo a las que me veo circunscrito por razones laborales, deseo manifestar mi pensamiento por escrito en lo que se refiere a esa figura procesal penal denominada "FACULTAD DE ABSTENCIÓN", comprendida y regulada por nuestro Código de Procedimientos Penales en sus numerales 227 y 228¹. La causa fundamental que me motivó a realizar este pequeño estudio sobre este tema en concreto, la constituyen las diversas situaciones que se han presentado y se siguen presentando en mi práctica judicial como Tribunal de Juicio —Juez Penal—. El presente estudio lo he enmarcado y delimitado al análisis de esa figura procesal penal denominada "Facultad de Abstención", pero únicamente en lo que respecta al derecho que tienen o no los testigos familiares del imputado, cubiertos por los extremos de las normas precitadas del cuerpo legal anteriormente indicado, de que se les haga la advertencia de que poseen esa facultad de abstenerse de rendir declaración en el proceso, tanto en la instrucción como en el debate. Pero aún más haremos hincapié en este estudio en la situación que se presenta con mucha frecuencia en la práctica judicial y consiste cuando el testigo, a pesar de que se le ha hecho la advertencia de esa facultad de

abstención, decide declarar en la etapa instructiva y cuando es llamado a declarar al debate, este decide abstenerse de rendir declaración alguna; así como las consecuencias jurídicas que esto encierra, sin entenderse menospreciado —por la razón de que en el presente ensayo no se analizan—, otras situaciones que se originan en esa misma figura jurídico-penal de la facultad de abstención como lo son: verbigracia, la incorporación o no del testimonio del deponente que en la instrucción declara y en el debate decide abstenerse de declarar; la extensión de la cobertura por consanguinidad y afinidad de dicha facultad señalada en la propia ley procesal (Código de Procedimientos Penales); así como cuando existiendo pluralidad de imputados el testigo no es familiar de todos, etc. . . , las cuales serán objeto de estudio de futuras investigaciones.

Es este un tema apasionante pero a su vez sumamente complejo y polémico, primero porque es poco lo que existe escrito sobre el mismo y segundo, porque tanto la jurisprudencia como la doctrina no se han podido poner de acuerdo en la forma de darle solución al mismo. Se debe estudiar también, aunque sea de manera somera, aspectos generales como el testimonio en el proceso penal, las doctrinas dominantes, el mismo testimo-

1. Vincenzi (Atilio), *Código de Procedimientos Penales*, San José, Edit. Lehmann, 2a. ed., 1978. Pág. 58.

nio pero propiamente en el proceso penal costarricense con sus diversas facetas —el deber, obligación y capacidad de atestiguar—, así como también enfocar de manera breve lo que la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional vigente han manifestado al respecto.

Para concluir esta breve introducción desea-

mos indicar que es nuestro deseo que este modesto trabajo sirva como hito de partida para que otras personas afines a la materia y que tengan inquietudes en cuanto a este tema en concreto, se pronuncien sobre el mismo, logrando juntos contribuir con la formación de la doctrina procesal penal costarricense.

CAPÍTULO I

EL TESTIMONIO EN EL PROCESO PENAL

El escritor Bentham decía que "los testigos son los ojos y los oídos de la justicia",² pero para que esta frase tuviera sentido, tuvo que darse un desarrollo lidioso y paulatino en cuanto a la aceptación de la figura del testimonio en el proceso penal como medio de prueba se refiere, pues existiendo —como se dio— primero el proceso penal y posteriormente el testimonio, tuvo necesariamente que sufrir una metamorfosis que le permitiera encontrar una forma idónea que justificara la presencia y por ende aceptación del testimonio como una prueba más en el proceso penal. Así pues, tuvo que desarrollarse diferenciándose un tanto del proceso civil, en donde las partes entonces eran factores predominantes de prueba, así como del formalismo del que el proceso civil se revestía³. En el Derecho romano es donde esta institución del testimonio se consolida y toma de por sí su propia fisonomía, quedando así aceptada como una prueba más en el proceso penal.

Ahora bien, tomando en cuenta que el testimonio no es otra cosa que la narración de los hechos llevados al proceso por parte de una persona que se denomina testigo y que este viene a ser piedra angular de esa figura, considero importante indicar que así como el testimonio tuvo que luchar para ser aceptado en el proceso penal y consolidarse como tal, la figura del testigo que se define como la persona que conociendo los hechos investigados en el proceso penal los lleva al mismo, ha sido también objeto de polémica

tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en sus diferentes conformaciones, facetas o formas de presentarse.

Aceptado el testimonio en el proceso penal como un medio más de prueba y por ende el testigo como sujeto constitutivo de éste, se hace necesario indicar que al considerar la participación de este último en el proceso, se deben estudiar y analizar dos aspectos de esa participación; un primero que se refiere a la capacidad testifical del deponente y un segundo que es el Deber y Obligación de rendir testimonio, que consiste en la obligación del testigo de acudir a los estrados judiciales a rendir el testimonio en el proceso penal cuando es citado y que se basa en el poder coercitivo del Estado como ente único encargado de administrar la justicia penal.

A) CAPACIDAD DE ATESTIGUAR.

Esta capacidad de atestiguar, lógicamente por ser parte del testimonio, también sufrió su desarrollo dentro del proceso penal, pues en el Derecho Procesal romano se observa que principalmente con la llegada de las "Leyes Julias" se le imponen una serie de limitaciones, dentro de las cuales se da la exclusión de cierta clase de testigos, verbigracia, como en algún momento lo fueron los esclavos en Roma.

Propiamente en nuestro sistema procesal penal, la capacidad de atestiguar que está señalada en el numeral 226 del Código de Proce-

2. François (Gorphe), *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Argentina. Edit. La Ley, 1ª edición, 1967, pág. 367.

3. Florián (Eugenio), *De las pruebas penales*, Bogotá. Edit. Temis, 2ª ed., 1976, tomo 2, pág. 71.

dimientos Penales es muy amplia y si se lee en forma aislada del resto de las normas que constituyen ese cuerpo de leyes, pareciera no señalar restricciones o limitaciones de ninguna especie, pues observemos que la norma es clara en indicar que toda persona está obligada a atestiguar. Esta amplitud que nuestro proceso penal posee en cuanto a la capacidad de atestiguar es conteste con el principio de la averiguación de la verdad que inspira nuestro ordenamiento procesal penal.

No obstante lo anterior, nuestro Código de Rito Penal impone cierta limitación a esa amplitud de la capacidad de atestiguar, como es el caso señalado por el artículo 229 del Código supra-citado. (Secreto Profesional).

B) DEBER Y OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO.

Este deber y obligación de rendir testimonio en el proceso penal a que se ven sujetos los testigos cuando son citados en el proceso, tiene su origen en la necesidad de que se determinen los hechos, pues sin testigos la comprobación de estos, en la mayoría de los casos se volvería ilusoria. El desconocimiento de tales hechos obstaculizaría gravemente el fin primordial del proceso penal que es la averiguación de la verdad real.

Siendo la administración de la justicia penal un interés público de primer orden, el Estado, como ente encargado de esa función, impone al testigo la obligación de acudir al llamamiento judicial con el objeto de poner en conocimiento del juzgador los hechos que él ha percibido a través de sus sentidos y que tengan alguna conexión con lo que se ventila en el proceso.

En cuanto a este punto se refiere, el Procesalista Penal Eugenio Florián, en su obra "De Las Pruebas Penales" (tomo II), tiene un criterio muy peculiar, pues señala que las manifestaciones del deber de rendir testimonio se reducen a tres formas fundamentales que son: El deber de comparecer; el deber de declarar y el deber de jurar.

En lo que se refiere propiamente a nuestro proceso penal, observamos que la figura del deber y obligación de rendir testimonio existe y se encuentra regulada en los numerales 224 y 225 del Código de Procedimientos Penales, considerándose en ellos que el juez está en facultad de interrogar a cualquier persona que conozca sobre los hechos investigados y a todos los habitantes del país, quienes tienen la obligación de recurrir a los estrados judiciales cuando sean llamados a declarar.

Sin embargo, al igual que en el caso de la capacidad de atestiguar, esta figura también tiene una excepción que es acogida por nuestro Código Procesal Penal en sus artículos 227 y 228 y que viene a ser en realidad fiel reflejo del principio contenido en el artículo 36 de nuestra Constitución Política.

Esta excepción al deber de atestiguar, que es denominada por nuestra ley procesal como "Facultad de Abstención", consiste en el derecho que tienen los familiares o parientes del imputado (acusado) a abstenerse de rendir declaración en contra de él y es la que nos abocaremos a analizar a lo largo de este estudio, pues al igual que la figura del testimonio, tuvo que pasar por un proceso evolutivo para llegar a alcanzar la forma y contenido con que hoy se presenta, proceso este que podemos enmarcar dentro de dos teorías que consideraremos a continuación y que hemos dado en llamar "Dominantes" en virtud de que sobre estas se centra la evolución de este testimonio familiar.

C) DOCTRINAS DOMINANTES.

1) Prohibición total de declarar.

Esta doctrina, que tiene su origen en el Derecho romano antiguo, considera que los testigos cuando son familiares de los imputados no deben declarar en el proceso penal, por cuanto su testimonio se encuentra corrupto por esos vínculos de parentesco o familiaridad. Para esta doctrina, el familiar del encartado es un testigo sospechoso por razones de humanidad, pues es lógico pensar que ese testigo va a distorsionar los hechos y estará más inclinado a falsear la verdad con miras a ayudar a su pariente (el acusado) que profesarla, imposibilitándose con ello el logro de la averiguación de la verdad real sobre los hechos investigados.

Esta prohibición de declarar que tuvo en su *argé* de un modo absoluto, comenzó a relativizarse desde sus orígenes, pues en el mismo Derecho romano se empieza a aceptar que ciertos parientes o familiares del imputado (acusado) declaren en el proceso, a manera de ejemplo se observa que, en la Ley Julia se permitía que se tomara declaración a los testigos familiares que lo hicieran en forma voluntaria y otros por su parte, abogaban porque se le tomara declaración a los voluntarios, pero solo si estaban unidos por consanguinidad al acusado.

En Francia, el Código francés adopta un sistema que se puede denominar híbrido, por cuanto si bien regula la capacidad de ciertos parientes

para declarar, no establece una incapacidad absoluta.

Por su parte, también Alemania y Austria, con sus ordenanzas procesales penales estipulaban que los parientes del acusado no están excluidos de rendir testimonio, pero que sí se les debe exceptuar de la obligación de hacerlo.

Se observa así como ya esta figura del testimonio familiar del imputado comienza a tomar su propia fisonomía y a constituirse ya no en una exclusión del mismo en el proceso penal, sino en una excepción, ya que pasa a ser de una prohibición absoluta a una aceptación al menos parcial de ese testimonio en ese proceso, dando así origen a que posteriormente se piense que la mejor solución al problema era que dicha declaración fuese facultativa y nazca así la segunda doctrina dominante que es la que de inmediato analizaremos.

2) Facultad de abstención.

Esta teoría dominante tiene como premisa el hecho de considerar que al testigo, cuando es familiar del acusado, no se le puede prohibir en forma absoluta rendir declaración alguna (como sí se sostenía en la teoría antes expuesta), sino que más bien al testigo se le debe conceder una facultad o derecho de abstención para rendir testimonio en contra del acusado-familiar. El otorgar esa facultad de abstención se fundamenta en la consideración y apreciación de los valores sagrados y afectivos naturales de la familia, puesto que obligar a uno de estos testigos a declarar atentaba contra tales valores.⁴

Vemos como, en cuanto a este punto se refiere, la ordenanza procesal penal de Alemania no excluye el testimonio de un pariente del imputado, pero sí lo exceptúa de la obligación de declarar, pues el artículo 51 de dicha ordenanza dice que pueden abstenerse de rendir testimonio: 1) El novio o la novia del acusado; 2) El cónyuge del mismo, aun cuando ya no exista el matrimonio, etc. . .; y por su parte, el Código noruego de Procedimientos Penales manifiesta que están dispensados de la obligación de declarar como testigos: 1) El cónyuge del acusado; 2) El novio o novia del acusado en línea ascendente o descendente; 3) Los hermanos o las hermanas, así como los afines próximos.⁵

Mencionaremos aquí —aunque no va a ser el centro de este estudio—, que esta figura de la facultad de abstención ha sido discutida ampliamente en la doctrina y fundamentalmente en dos aspectos: un primero que es en cuanto a cuáles grados de parentesco cubre la misma y un segundo en cuanto a que si dicha facultad era solo para la etapa del debate o si también se debía conceder en la instrucción. En esta discusión han participado autores tales como Vacca, De Guilly y Mazzella.

El proceso penal costarricense no es una excepción a esta teoría dominante —Facultad de Abstención—, ya que como lo veremos de seguido, el mismo regula esa facultad en los numerales 227 y 228 del Código Penal de Rito.

CAPÍTULO II

FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

La legislación procesal penal costarricense ha enfocado en dos aspectos el testimonio familiar del acusado, pues si observamos el Código de Procedimientos Penales de 1941, en el mismo no

existe esa facultad de abstención para esos testigos, y por su parte, el Código Penal de Rito actual sí contempla esa facultad.

El Código Procesal Penal de 1941, contenía la

4. Florián (Eugenio), *op. cit.*, pág. 138.

5. Florián (Eugenio), *ibidem*, pág. 139.

figura de la declaración del testigo familiar o pariente del acusado en el proceso, pero según se observa del propio numeral 426, que era el que lo regulaba, participaba de la teoría dominante que atrás se estudió como prohibición total de declarar, pues ese numeral señala taxativamente una nómina de personas o testigos a quienes la ley les impedía rendir declaración y dentro de ellas señalaba, en forma taxativa, "Al cónyuge del procesado, sus ascendientes, descendientes u otros parientes, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad"⁶.

No es sino con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1975, el cual cambiaba totalmente el proceso a aplicar en los juicios penales, pues se pasaba de un proceso penal eminentemente escrito a un proceso oral y público, que va a estar regido por una serie de principios procesales tales como el de defensa, contradictorio, oralidad, publicidad, acusatorio, etc., que aparece en nuestro proceso la figura jurídica que aquí estamos analizando, denominada "Facultad de Abstención" y que como veremos, se encuentra regulada en los numerales 227 y 228 del mismo cuerpo legal.

FACULTAD DE ABSTENCIÓN.

Esta figura la hemos dado en llamar así no por simple capricho, sino porque el mismo Código Penal de Rito, en sus numerales arriba indicados, así la denomina. Esta facultad de abstención se define como aquel derecho que, tanto por constitución como por ley procesal, tienen los testigos familiares o parientes de los imputados de abstenerse de rendir declaración en un proceso penal en contra de estos. La ley señala en principio, que no están obligados a testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, ampliando así ese derecho a los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, así como a su tutor o pupilo. Sin embargo, consideramos necesario e importante advertir aquí que, conforme lo dispone la propia ley procesal citada, esta facultad de abstención no asiste a aquellos testigos familiares

o parientes que hayan actuado en el proceso como denunciantes.

Dentro de esta figura de la facultad de abstención, uno de los aspectos más importantes y polémicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, lo es la advertencia que, de conformidad con el artículo 234 del Código Penal de Rito, debe hacerse al testigo familiar o pariente del imputado, obligatoriamente y bajo pena de nulidad, en el sentido de que puede abstenerse de declarar si así lo desea. Sobre este punto, diremos que, por su carácter de polémico —en doctrina y jurisprudencia—, así como por presentarse a diario en los procesos penales de nuestro país, es que lo hemos escogido como objeto central del presente estudio.

Esta facultad de abstención y la advertencia que de la misma y de previo a rendir testimonio se le debe hacer obligatoriamente a esos testigos, en la práctica no tiene ningún problema cuando el testigo se acoge en el inicio del proceso —etapa de instrucción— a ese derecho y no declara, pues por no existir declaración alguna ni siquiera se le cita en la etapa del debate. Sin embargo, sí se convierte en una situación problemática cuando el testigo decide declarar en la etapa instructiva y posteriormente, haciendo uso de ese derecho constitucional y procesal, decide no hacer lo mismo en el debate, pues en este último caso cabe preguntarse si el testigo, por haber declarado en la instrucción, ha perdido ese derecho o facultad de abstenerse a declarar que la ley le concede, y si consideráramos que no ha perdido ese derecho, cabe también cuestionarse si el juzgador, en la etapa del debate, estará nuevamente obligado a hacerle la advertencia de que puede abstenerse de declarar.

Estas interrogantes, donde mejor se aprecian es en la práctica judicial diaria de los procesos penales, pues constantemente se convierten en centros de discusión en los debates.

A continuación trataremos de exponer los criterios que han exteriorizado nuestros tribunales al respecto, criterio este que, valga decir aquí, no es uniforme.

6. Vincenzi (Atilio), *Código de Procedimientos Penales de 1941*. San José, Edit. Lehmann, pág. 143.

CAPÍTULO III

EL DEBER DE ADVERTENCIA DE LA FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Es aquí, en este punto de la advertencia que sobre la facultad de abstención tienen los testigos familiares o parientes del acusado o imputado cuando van a declarar en el proceso, en donde se encuentra el centro de polémica de criterios expresados a través de la jurisprudencia nacional —tanto de los tribunales como de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Casación)—.

Como se dijo en las líneas anteriores, esa figura jurídico-procesal de la facultad de abstención, cobra vida en los numerales 227 y 228 de nuestro Código de Procedimientos Penales; pero en lo que se refiere propiamente a la advertencia que, bajo pena de nulidad, debe hacerle el Juzgador al testigo familiar o pariente del imputado cuando vaya a declarar en el proceso, encontramos su regulación en el numeral 234 del mismo cuerpo legal, cuando este literalmente señala: "Si el testigo pudiere abstenerse de declarar (227, 228) se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que hará constar".

Es importante aclarar que en lo que respecta a esa advertencia en el inicio del proceso (fase instructiva), cuando el testigo familiar o pariente va a rendir declaración por primera vez no presenta ningún problema ni polémica alguna, pues el criterio de la jurisprudencia ha sido reiterado y claro en precisar que existe deber legal —constitucional y procesal— de hacerle la advertencia al testigo familiar o pariente del acusado, lo cual está sancionado, procesalmente y como arriba se indicó, bajo pena de nulidad; nulidad esta que sería absoluta por provenir de un derecho constitucionalmente garantizado (Arts. 145 y 146 del Código supracitado).

Pero sí es diversa y encontrada la jurisprudencia en cuanto al hecho o situación jurídica concreta que se presenta en la práctica judicial, cuando el testigo declara en la etapa instructiva a pesar de que se le haya hecho la advertencia de esa facultad de abstención. Nos cuestionamos entonces ¿Qué sucede cuando ese mismo testigo es llamado a declarar a la etapa del debate? ¿Deberá el juzgador hacerle la advertencia indicada? o ¿puede este último omitir esa advertencia y obligar al testigo a que declare en esa etapa o fase del

proceso? La contestación a estas interrogantes es lo que ha dado origen a dos posiciones o tesis sostenidas en la jurisprudencia nacional. Una primera que es la sostenida por la Sala Tercera (Casación) de la Corte Suprema de Justicia y que hemos dado en llamar, para efectos de un mejor entendimiento del presente ensayo, "La del Principio de Unidad del Proceso" y que es la que considera que si el testigo familiar o pariente del encausado declara en la etapa instructiva, con ello renuncia a ese derecho de guardar silencio que la ley le concede y que esa renuncia debe ser tenida, en aras de ese principio de unidad del proceso, no solamente para la etapa instructiva, sino que para todo el proceso y que por ende, cuando ese testigo es llamado a declarar en el debate, el juzgador ni siquiera tiene la obligación de hacerle la advertencia de esa facultad de abstención. Y una segunda tesis, que es la que avalan los tribunales de instancia y que consiste en que siempre se le debe hacer la advertencia al testigo familiar o pariente del inculcado, a pesar de que en la fase instructiva el mismo haya declarado, pues ese derecho que la ley le concede a ese testigo es un derecho que proviene o tiene su fundamento en una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Constitución Política y que por ser los derechos constitucionales irrenunciables, entonces siempre se le debe hacer la advertencia y jamás tenerse como renunciado ese derecho.

A) TESIS DE LA UNIDAD DEL PROCESO-RENUNCIA DEL DERECHO.

Esta tesis que considera renunciado el derecho por parte del testigo que declaró en la fase instructiva de la causa, que se basa en el principio de unidad del proceso y que es mantenida por la Sala Tercera Penal, sostiene que la sumaria debe verse como un todo y que por ello, la renuncia a ese derecho lo es para todo el proceso en sí y no para una sola de las etapas del mismo. Este criterio, sostenido por dicha Sala, se observa con claridad meridiana en las resoluciones emitidas por la misma, pues, a manera de ejemplo, en la sentencia N° 226-F de las 13:55 hrs. del 12 de noviembre de 1985, esta Sala indicó literalmente que "Repeti-

damente ha resuelto la Jurisprudencia Nacional que cuando un testigo a quien se le han hecho las advertencias sobre la facultad de abstenerse de declarar, decide rendir su testimonio, resulta innecesario volver a hacerle esas advertencias en el debate cuando ha sido citado para que comparezca de nuevo a rendir testimonio, pues ya ese derecho no le asistía por haber renunciado a él la primera vez que declaró". En ese mismo sentido pueden verse las resoluciones N° 141-F de 14:30 hrs. del 23 de julio de 1985; la de las 10:30 hrs. del 20 de agosto de 1982 y la de las 15 hrs. del 29 de agosto de 1984⁷.

Es interesante manifestar aquí que este planteamiento acogido por nuestra Sala Tercera Penal, en cuanto a la unidad del proceso se refiere, se encuentra en el Derecho Procesal Penal argentino, pues observemos que el autor Ricardo Núñez C., en su obra "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", pág. 219, nos lo hace ver cuando señala: "El testigo goza del derecho de abstención cuando ingresa como tal al proceso como unidad, no goza en cada etapa de él. El testigo que, verbigracia, no se abstuvo en la instrucción ya no puede hacerlo en el juicio. Por consiguiente, no procede que en ese caso se le repita la advertencia sobre su derecho"⁸.

A pesar de que aún a la fecha en que se elabora este ensayo la Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación) ha seguido sosteniendo esta tesis, es importante aclarar que los tribunales de instancia, en su gran mayoría, no comparten este criterio y en sus resoluciones se refleja la tesis que aboga por la irrenunciabilidad del derecho con fundamento constitucional.

B) TESIS DE LA IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO-FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Este razonamiento, como se expuso antes, es la antítesis del criterio exteriorizado por la Sala Tercera Penal en lo que a la facultad de abstención de los testigos familiares o parientes del encartado se refiere, así como en lo que se refiere concretamente a la advertencia que, de previo a su

declaración, se le debe hacer al testigo y es mantenido por los tribunales de instancia en nuestro país, considerando éstos que tanto la facultad de abstención como la propia advertencia que se le debe hacer al testigo familiar del imputado cuando va a declarar en el proceso, es un derecho de origen constitucional que nuestra Carta Magna contempla en su artículo 36 y que, considerando que los derechos constitucionales son irrenunciables según la propia doctrina y teoría constitucionalista, entonces ese derecho jamás se le puede tener por renunciado al testigo familiar del encartado por el solo hecho de que primeramente declarara.

Concluyen nuestros tribunales que ese derecho constitucional prevalece para todo el proceso, entendiéndose éste constituido por cada una de sus fases y que por consiguiente, siempre que el testigo vaya a declarar, deberá advertírsele sobre ese derecho de facultad de abstención. Al respecto y como ejemplo, observamos que el Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera de San José, en su sentencia número 80 de las 10,45 hrs. del 2 de abril de 1982, con claridad meridiana hace resaltar tal planteamiento cuando señala: "Se trata de una flagrante violación a la sobredicha garantía constitucional que no obliga a autoincriminarse ni a incriminar a pariente cercano, el hecho que a los testigos familiares que podían negarse en la instrucción a declarar y no lo hicieron, en la nueva etapa, o sea, durante el debate, —que es donde con más frecuencia se presenta esta situación— se les obliga a declarar sin ni siquiera hacérsele esa advertencia de ese derecho o facultad de abstención⁹.

En ese mismo sentido, el presidente del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, Lic. Miguel Larios Ugalde, en una entrevista personal que se sostuvo con el mismo, éste indicó en forma clara y precisa su criterio al respecto y dijo: "Para mí ese derecho es irrenunciable por provenir de una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Constitución Política y por consiguiente, considero que siempre debe hacérsele la advertencia al testigo, porque si no se le hace, y el testigo declara así, existe una nulidad absoluta y si esa declaración perjudica al pariente imputado y

7. Sanabria Rojas (Rafael Ángel), *Extractos de resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, años 1985-1986*; Costa Rica, Imp. Judicial. Año 1986, págs. 30-31.

8. C. Núñez (Ricardo), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Argentina, Ed. Lerner, 1978, pág. 219.

9. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia N° V-93F de las 10,30 hrs. del 20 de agosto de 1982).

así se establece en sentencia, la casación por la forma deberá ser acogida por la Sala¹⁰.

Por su parte tenemos que la Escuela Judicial y la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia, también participan de la tesis de la irrenunciabilidad del derecho, pues en un pronunciamiento dado por estas entidades, categóricamente las mismas indicaron: "Respecto a la

segunda cuestión, o sea, si los testigos que se encuentran en la situación dispuesta por los artículos 227 y 228 del Código de Procedimientos Penales, pueden en el debate abstenerse de declarar, es claro que sí pueden ejercer ese legítimo derecho que les acuerda la Constitución Política y el propio ordenamiento procesal¹¹.

CONCLUSIÓN

Como se puede observar de lo anteriormente expuesto, el meollo de la polémica en que se han visto la Sala Tercera y los tribunales de instancia, se centra en realidad en las condiciones de "Renunciabilidad" o "Irrenunciabilidad" de la facultad de abstención existente en nuestro proceso penal para los testigos que son familiares o parientes de los acusados o procesados. Para la Sala Tercera, cuando el testigo a pesar de que se le ha hecho la advertencia de esa facultad de abstención, declara, este de ipso facto está renunciando a ese derecho que la Constitución Política le otorga y que por consiguiente se le debe tener por renunciado desde ese momento para el resto del proceso, pues considera que el testigo entra al proceso como una unidad o un todo y que esa renuncia que él hace lo es tanto para esa etapa instructiva como para el resto de las etapas en que se constituye el proceso. Por su parte los segundos consideran que ese derecho de los testigos a abstenerse de declarar en el proceso, por provenir de una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Ley Fundamental, se convierte en un derecho irrenunciable, ya que las normas consagradas en cualquier carta magna o ley fundamental, son irrenunciables de por sí; y que por consiguiente, por ser principio constitucional establecido, existe en sí mismo en forma metajurídica para hacerse valer en cualquier momento y espacio de nuestro territorio nacional, así como en cualquier etapa del proceso.

Por nuestra parte, somos del criterio que en la

Constitución Política que nos rige existen derechos que pueden ser objeto de renuncia y otros que no. En este último caso se halla, verbigracia, el de inviolabilidad de la vida, al cual los sujetos no pueden renunciar en ningún momento, sino que más bien, véase que nuestro legislador penal sancionó como delito esa renuncia que alguien pudiera pretender hacer al mismo. Dentro de los derechos que pueden ser objeto de renuncia, a nuestro criterio, se encuentra el comprendido en el numeral 36 de la Constitución Política, consistente en: "La no obligación de declarar en contra de sí mismo o de su cónyuge, ascendiente, descendiente, o parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad".

Compartimos así un poco el criterio de la Sala Tercera en el sentido de considerar que ese derecho consagrado en ese numeral 36 precitado, puede ser renunciable por parte de una persona y aun dentro de un proceso penal, pero lo que no compartimos con ella es el hecho de considerar que la renuncia de ese derecho constitucional se puede hacer en forma genérica, como de la propia sentencia de casación se desprende, cuando manifiesta que ese derecho debe tenerse por renunciado para todo el proceso cuando el testigo decide declarar en la etapa instructiva a pesar de habersele hecho la advertencia de ley; pues para nosotros el testigo sí está facultado para renunciar a ese derecho, pero esa renuncia debe entenderse para el acto procesal específico en que se da y no

10. Larios Ugalde (Miguel Á.), *Entrevista personal* realizada el 12 de julio de 1987.

11. Pronunciamiento de la Escuela Judicial, 1987.

para todo el proceso, o como es lo mismo, cada vez que el testigo va a ejercitar la acción material de declarar.

Creemos también que desde el punto de vista de la preclusividad de los actos procesales, y concretamente de la instrucción, se da un fundamento más para concluir que en realidad siempre el testigo mantiene su derecho de abstención, aunque en esa etapa instructoria haya decidido no hacer uso del mismo. Y más aún, mantiene el derecho de que el tribunal en esa etapa del debate le advierta sobre la existencia de él; pues veamos que aún considerando que los autos procesales de la etapa instructoria son actos preclusivos, entendiéndose estos como aquellos actos que concluyen una vez realizados los mismos y que no se pueden repetir, salvo que una norma expresa así lo decida en otra etapa del proceso, y más concretamente que el acto de rendir declaración un testigo en la forma expresada por la ley de acuerdo con lo establecido por el número 234 del Código Procesal Penal, es un acto preclusivo y que pertenece además de la etapa instructoria, a lo referente a recepción de un tipo de prueba como es la testimonial, pues obsérvese que en el Código Procesal se encuentra tal acto inmerso dentro del título tercero denominado "Medios de prueba", y que parte de las formalidades que debe cumplir ese acto procesal de emisión y recepción de declaración, en lo que al testigo se refiere, es esa advertencia y facultad de abstención que ese mismo numeral le concede a esos testigos cuando están cubiertos o en las situaciones que enumeran los artículos 227 y 228 del Código de Rito Penal.

Compartiríamos así el criterio de la Sala Tercera, si en realidad no existiera ninguna otra norma en la etapa del debate que autorizara o hiciera resurgir ese acto procesal precluso, como lo es el arriba indicado y que se refiere a la forma de recibir la declaración de cualquier testigo y en específico del testigo que está cubierto por esa facultad de abstención y derecho de advertencia concedido por la propia ley procesal.

Pero consideramos que en nuestra legislación procesal penal y concretamente en nuestro Código de Rito Penal sí existe esa norma que permite y autoriza que ese acto de la instrucción, vuelva a darse en esa otra etapa como sería la del debate, pues el numeral 378 del cuerpo procesal legal precitado, —el cual obsérvese muy bien— está inmerso dentro de la sección segunda del capítulo segundo del título primero del Libro Tercero y se denomina "Actos del Debate", señala que "En cuanto sean aplicables y no se disponga lo con-

trario, se observarán las normas de la instrucción relativas a la recepción de las pruebas. . .". Vemos como esa norma entonces, ordena que en lo que a recepción de pruebas se refiere, se observarán las disposiciones que en la etapa instructoria existen y teniéndose en cuenta que parte de la forma de la declaración de los testigos y por ende, los testigos familiares del encartado en la instrucción, es el hecho de tener que advertir a estos últimos la facultad de abstención de que gozan y que es un acto de la instrucción que por esa razón entonces surge de nuevo y que tendrá que cumplirse tal y como está dado procesalmente.

Por consiguiente, todo esto nos lleva a pensar de que dentro de la misma legislación procesal existe una hermenéutica legal que conlleva a que en realidad el testigo familiar o pariente del imputado mantiene la facultad de abstención y el derecho de ser advertido sobre la misma por siempre, aunque en la etapa instructoria haya decidido no acogerse al mismo y declarar.

Además considerando el hecho de que los actos de instrucción son actos procesales preclusos, entendiéndolos como aquellos actos que concluyen para sí mismos y que son parte de cada etapa del proceso, llego a la conclusión de que en realidad siempre en el debate se le debe advertir al testigo familiar del imputado, el derecho que tienen de abstenerse de declarar en contra de su pariente. Pues creo que la tesis sostenida por la Sala Tercera, y que parte del principio de Unidad del Proceso, dentro de la cual se ha indicado que el testigo al haber declarado en la etapa instructoria a pesar de que se le hizo la advertencia de esa facultad de abstención que posee, por su condición de parentesco con el encartado, está renunciando a ese derecho y que cuando es citado al debate, entonces el mismo no tiene derecho a abstenerse sino que por esa renuncia que hizo en la etapa instructoria, está obligado a declarar en el debate, en cierta parte de esa preclusividad de los actos procesales de la etapa instructoria y que por eso cree que ese acto concluyó con la declaración del testigo y que como dicha declaración lo es para el resto del proceso, entonces ya se le debe tener por renunciado ese derecho o facultad, de abstención.

Nosotros compartimos el criterio con la Sala de que los actos constituyentes en la etapa instructoria son preclusos, pero no compartimos que dicha condición de preclusividad sea absoluta, pues un acto es precluso hasta tanto no exista otra norma en alguna otra etapa del proceso, que la haga resurgir, como sería el caso de ese deber de

advertencia que la ley fija a los jueces conocedores de un proceso penal, y en el que están obligados a realizar, bajo sanción de nulidad (absoluta por provenir de una violación a una norma constitucional), de la facultad de abstención, a los testigos que son parientes en los grados estipulados y permitidos por la propia ley procesal, de los imputados. Pues en este caso consideramos que si existe una norma procesal que está situada incluso en la propia etapa donde se está negando (del debate), y que es la norma del artículo 378 del Código de Procedimientos Penales, en el cual se indica que en cuanto sean aplicables esas normas de la instrucción relativas a la recepción de la prueba, se deben observar esas normas o cánones procesales ya establecidos. Pues para nosotros esta norma obliga al juez de juicio a recibir los testimonios en el debate, cumpliendo con las formalidades establecidas en la etapa instructiva, y considerando que parte de las formalidades con que se debe recibir en la instrucción una declaración de un testigo, señaladas en el numeral doscientos treinta y cuatro del Código Penal, lo es el deber del juzgador de advertirle siempre a éste, que es familiar o pariente del acusado, que la

ley le concede el derecho de abstenerse de declarar en el proceso en contra de su pariente de acuerdo con los grados establecidos por la misma ley procesal, y que por ende si ese deber de advertencia es parte de las formalidades con que se debe recibir una declaración de un testigo dentro de un proceso penal, y por su parte el artículo 378 de ese mismo cuerpo legal, de rito penal citado, ordena que en el debate al recibir las declaraciones de los testigos deberá el juzgador observar y cumplir con las normas que rigen y regulan la recepción de pruebas existentes en la etapa instructiva, entonces esta norma está haciendo que un acto procesal instructivo como el hecho de recibirle declaración a un testigo, y además precluso como ya se indicó, vuelva a nacer a la vida jurídico-procesal-penal, con las mismas formalidades de origen a cumplir.

Dejamos así concluido este modesto trabajo de investigación, esperando que el mismo sirva para que otros profesionales afines a la materia expresen sus reflexiones sobre el mismo, con el objeto de enriquecer nuestra doctrina procesal penal.

* * *