

**PRUEBA ILICITA
EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL Y PENAL**

**Mario Porras Villalta
Rafael Sanabria Rojas**



EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL

345

P838p Porras Villalta, Mario

La prueba ilícita en la Jurisprudencia Constitucional y Penal / Mario Porras Villalta, Rafael Sanabria Rojas. --1 ed. --San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2002.

56 p. ; 21x 14 cm.

ISBN 9968-784-38-9

I. Derecho penal . I. Sanabria Rojas, Rafael.

II. Título



EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL

Consejo Editorial

Dr. Javier Llobet Rodríguez

Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez

Lic. Francisco Dall'Anese Ruíz

Lic. Alexander Rodríguez Campos

Lic. Manfred Sáenz Montero

Impreso en San José, Costa Rica, noviembre 2002

1000 ejemplares

Estas pocas referencias nos permiten dejar a flote no sólo lo importante sino también, en mayor medida, lo sorprendente del tema, pues no podemos dejar de lado lo significativo que sería la decisión que deba adoptarse en todos aquellos casos en los cuales se logre comprobar un hecho ilícito en un momento cuando el mismo no connotaría a la conducta a través de los medios de prueba lo que vendría a ser un precedente más, pero el elemento de control de la actividad del Estado lo que fue el objeto de la discusión.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal constituye una intromisión del Estado en la esfera de la vida privada de las personas a él sometidas, pues como medio o canal en virtud del cual se busca darle contenido efectivo al ius puniendi, representa una seria afectación a las libertades públicas reconocidas constitucionalmente. Es debido a ello que en una sociedad democrática como la que existe en nuestro país, donde a partir de 1989 (con la instauración de la Sala Constitucional) bien podemos afirmar que se encuentra en plena vigencia un sistema constitucional de Derecho, necesariamente deberán fijarse ciertos límites en el ejercicio de esta función de investigar y sancionar las conductas que previamente han sido declaradas como delictivas. La razón para ello se nos muestra como obvia, pues frente al todopoderoso Estado se ubica el débil individuo, quien se encuentra a su absoluta merced. Así las cosas, esos límites que se le imponen al ejercicio del ius puniendi se elaboran y estructuran como garantías que el ciudadano puede oponer en su favor.

Dentro de este contexto es que surge la gran discusión que, al final de cuentas, se encuentra en la base del tema que se tratará en este ensayo, pues se debe buscar un equilibrio, muy difícil -por lo demás- de conseguir, entre el "derecho" a investigar y castigar a quien incurrió en una conducta delictiva (recordemos que los criminólogos críticos cuestionan y falsean esta premisa), y el respeto a las garantías fundamentales a él reconocidas, pues resulta muy normal que en la práctica diaria ambos valores entren en conflicto.

Es en el seno de esta discusión donde surge la teoría de la prueba espuria, mejor conocida como los frutos del árbol envenenado, en la cual decididamente se toma partido para luego, poco a poco y conforme lo vino exigiendo la realidad imperante del momento, buscar excepciones que vinieran a limitar un poco su impacto dentro del proceso penal.

Estas pocas referencias nos permiten dejar a flote no sólo lo importante sino también, en mayor medida, lo apasionante del tema, pues no podremos dejar de lado lo significativa que sería la decisión que deba adoptarse en todos aquellos casos en los cuales se logra comprobar un hecho ilícito (ni qué digamos cuando el mismo ha conmocionado a la colectividad a través de los medios de prensa, lo que vendría a agregar un ingrediente más), pero el elemento de convicción es ilícito en sí mismo o, siendo lícito, fue obtenido en infracción de garantías fundamentales. Y la discusión va más allá, pues si bien podría pensarse que no sería tan difícil eliminar del proceso la prueba directamente ilegítima, otra situación resulta al considerar si debe correr la misma suerte aquel medio que en sí mismo no incorpora ningún defecto, pero que se deriva de aquella.

Este es el verdadero problema que debe resolver la teoría que nos ocupa, lo que por sí sólo permite comprender la trascendencia y actualidad que la caracterizan, todo lo cual nos ha llevado a escogerla como objeto de estudio. No desconocemos que el tema ha sido ampliamente tratado, no sólo en el extranjero sino a nivel nacional. El valor que tendría (esperemos que para el lector lo tenga) nuestra humilde contribución, estibaría en la actualización de la jurisprudencia que en relación a esta cuestión se ha producido en las Salas Constitucional y Penal.

Esperamos que de su contenido se pueda estimar como cumplido el propósito que nos llevó a escribir, reconociendo al mismo tiempo que jamás -en un ensayo tan corto- podría abarcarse el tema con la profundidad que lo merece.

I.- CONCEPTO DE PRUEBA ILICITA

El tema acerca de la prueba ilícita y su incidencia en el proceso penal, es decir, la solución por la que deberá optarse en todos aquellos supuestos en los cuales se ha logrado obtener un elemento de convicción que -en sí mismo considerado, o en relación a otros- permite establecer la efectiva responsabilidad de un sujeto en el hecho ilícito investigado, ha generado una gran discusión a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Por tratarse de una cuestión que, a pesar del transcurso del tiempo y de las distintas realidades de que se trate (diferencias geográficas, culturales, normativas, etc), no ha perdido interés ni actualidad sino que, por el contrario, al repetirse en la práctica forense los casos en los que se evacúan pruebas, a veces incluso determinantes, sin que se respeten las «reglas del juego», es importante destacar la necesidad de hacer un estudio de esta materia en el Derecho Comparado, lo que nos permitirá comprender cómo ha ido evolucionando el tratamiento de dicho instituto. Y es que, según veremos, la doctrina acerca de la prueba espuria, con todos los principios que la informan, así como las medidas para reducir o limitar de algún modo sus efectos prácticos, se fue perfilando y delineando -esencialmente- en los sistemas normativos del common law, donde a través de varios fallos se le fue dando forma y contenido a la misma.

Debido a esto, estimamos que, como necesario punto de partida en nuestra exposición, debemos hacer un recuento, aunque sea somero, de este largo proceso de maduración que ha llevado el tema, con sus adelantos y -si se quiere- retrocesos, hasta alcanzar las dimensiones que hoy le conocemos.

Para cumplir con este objetivo, iniciaremos con el estudio del proceso de evolución que ha atravesado este tema en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, verdadera cuna de la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado¹.

¹ Esta teoría, que como dijimos es una creación de la jurisprudencia estadounidense, es conocida como «Fruit of the poisonous tree doctrine».

En primer término, y como punto de partida, trataremos de dar un concepto que nos permita acercarnos al problema que vamos a tratar, dándonos al menos una visión aproximada del mismo. Según lo explica HUERTAS MARÍN, la doctrina ha aportado diferentes términos que pretenden abarcar la cuestión que nos ocupa, tales como prueba prohibida², prohibiciones probatorias³, prueba ilegal o prohibida⁴, ilicitud probatoria⁵, o prueba ilícita⁶. No obstante lo anterior, ella en lo personal se inclina por hacer una clasificación del siguiente modo: **a)** La prueba prohibida, entendiéndose por tal la interdicción legal de utilizar ciertos métodos para conseguir resultados probatorios; **b)** La prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales (afectación ilegal de los mismos); y **c)** La prueba irregular, es decir, aquella recibida en ausencia de los requisitos procesales⁷.

Resulta muy interesante la posición que al respecto mantiene MINVIELLE, para quien lo que es permitido o prohibido son los actos, las acciones humanas, el desplegar una determinada conducta; por consiguiente, por "medio de prueba prohibida por la ley",

² Este es el término «operativo» que emplea ASENCIO MELLADO, con lo cual hace referencia a aquellos datos que no pueden ser investigados o a aquellos medios que no pueden ser valorados dentro del proceso para influir en el ánimo del juzgador. NUVOLONE por su parte utiliza el mismo concepto, pero lo limita a aquel elemento que si bien tiene idoneidad para comprobar un hecho, el ordenamiento jurídico prohíbe su utilización.

Huertas Marín (M^o. Isabel), "EL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL COMO OBJETO DE LA PRUEBA", editorial J.M. Bosh, Barcelona. 1^a edición, 1999, páginas 131 y 132.

³ Este es el concepto utilizado por PASTOR BORGONÓN, para quien la prueba obtenida con vulneración de las restricciones que se imponen en orden a la búsqueda y recogida de fuentes de prueba, no puede producir ningún efecto dentro del proceso. Huertas Marín (M^o. Isabel), op.cit., pág. 131

⁴ Para RUIZ BADILLO, quien utiliza indistintamente estos dos conceptos, se refiere con ello a aquellos supuestos en los que se ha faltado a un derecho fundamental. Citado por Huertas Marín, ibid

⁵ Díaz Cabiale utiliza este concepto recogiendo la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Español, según la cual, la ilicitud probatoria engloba las hipótesis de vulneración de un derecho fundamental. Ibid., pág. 132

⁶ Según Véscovi, esta expresión supone la idea de la violación de una norma, ya sea porque la ley declara inadmisibles esas pruebas, como también cuando —siendo ésta legítima— se adquiere de manera ilícita. Huertas Marín (M^o. Isabel), op.cit., pág. 132.

⁷ Ibidem, página 137.

debemos entender "... que es una expresión elíptica, que se refiere al medio cuya obtención o utilización se halla (sic) prohibida ..."⁸.

Como se puede extraer de las distintas posturas antes expuestas, la doctrina ha entendido por prueba espuria (sin importar el concepto preciso que se utilice, mismo que —según se hizo notar— varía de un autor a otro) aquel medio probatorio, dirigido a influir en el ánimo del juzgador con miras a acreditar el hecho, que es prohibido en sí mismo considerando, o, siendo lícito, fue obtenido mediante una infracción constitucional. En este sentido nos dice LÓPEZ-FRAGOSO que "... a los efectos de nuestro estudio podemos partir del art. 11.1 de la LOPJ, el cual establece: «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentado derechos o libertades fundamentales». La interpretación de este precepto arroja la conclusión de que si en la adquisición de los elementos o fuentes de prueba se han vulnerado los presupuestos y garantías exigibles para ordenar y ejecutar una intervención telefónica, ello tendrá como consecuencia la de su inutilizabilidad ..."⁹.

Aquí se recoge el tema de la regla de exclusión de la prueba ilícita, desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y que analizaremos más adelante, según la regulación introducida por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español.

II.- EL ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO: EL COMMON LAW.

Tal y como lo indicamos líneas atrás, la doctrina acerca de la prueba espuria es una creación de la jurisprudencia estadounidense¹⁰, pues es a través de varios fallos del Tribunal Supremo que se han ido delineando los principios rectores de esta delicada

⁸ Minvielle (Bernardette), "LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL", Editora Córdoba de Marcos Lerner, Córdoba, Argentina. 1^a edición, página 13.

⁹ López-Fragoso Álvarez (Tomás), "LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL", editorial Colex, Madrid 1^a edición, 1991. Páginas 94 y 95.

¹⁰ Cortés Coto (Ronald), y Pereira Pérez (José María), "LA PRUEBA ILÍCITA O ESPURIA EN LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL", editado por la Escuela Judicial, San José. 1^a edición, 1995, pág. 3.

materia que nos ocupa. Debemos hacer notar que, según se tendrá la oportunidad de explicar más adelante, este planteamiento no ha escapado a los vaivenes de la cambiante realidad dentro de la cual se ha ido forjando, que por cierto no resulta tan diversa a la nuestra.

Al tratar el origen de la teoría de la prueba espuria o ilícita, no podríamos dejar de mencionar dos grandes jueces de Los Estados Unidos de América, que han contribuido con sus pronunciamientos a señalar la senda por la que durante muchos años transitó el tema. Nos referimos a los jueces Holmes y Warren¹¹, quienes con su posición vienen a superar la doctrina tradicional que esbozaba -por ejemplo- el juez Cardozo, según la cual las pruebas ilícitas, sin importar su naturaleza espuria, deben admitirse y valorarse a fin de tutelar el interés primordial que tiene la sociedad de perseguir y reprimir al delincuente, ello incluso por encima de cualquier formalismo procesal¹².

Obviamente esta tesis desconoce los principios democráticos que deben imperar en un régimen constitucional de Derecho en el cual, con el fin de tutelar la seguridad jurídica de los ciudadanos, se le debe imponer ciertos límites al Estado (derivados de los principios de racionalidad y proporcionalidad) en su labor de ejercitar el tan cuestionable *ius puniendi*¹³. Y es que de no ser así, incurriríamos en lo que los mencionados jueces Holmes y Warren definían como una contradicción: "... la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la constitución, sin incurrir en una contradicción fundamental ..."¹⁴.

¹¹ En relación a este tema debe consultarse la obra de ARMIJO SANCHO, Gilbert Antonio. **Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal**. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1ª edición, 1997. Páginas 143 y siguientes.

¹² Según nos explica Armijo (ibid, página 142), uno de los defensores de este planteamiento es un juez norteamericano de apellido Cardozo, para quien en estos casos el legislador propugna por castigar al funcionario o sujeto (policía o particular) que actuó ilícitamente, pero no repudia la prueba obtenida como consecuencia de ello, la que -entonces- deberá considerarse válida y eficaz.

¹³ Por tal entendemos aquel principio metajurídico según el cual el Estado tiene todo el derecho de crear normas imperativas de conductas dirigidas a la colectividad, cuyo incumplimiento hace surgir la potestad de sancionar al infractor, imponiéndole una pena. En este sentido véase Vescovi (Enrique),

¹⁴ Armijo Sancho (Gilberth), op.cit., página 147.

Como vemos, en el mismo seno del sistema del common law se dio una discusión entre dos posturas antagónicas, una de corte liberal y respetuosa de las garantías individuales, frente a otra que tiende a una visión más autoritaria, donde se pone el énfasis en la defensa de la sociedad frente al delincuente.

De previo a exponer algunos de los fallos más significativos que en torno al problema que tratamos dictaron estos dos juristas, es menester que hagamos alusión a los intereses que entran en conflicto cuando nos abocamos al espinoso tema de la solución que deberá adoptarse ante una prueba *directamente* ilícita (ya consista esa ilicitud en una prohibición directa acerca del medio probatorio en sí mismo, o más bien se trate de una prueba en sí misma lícita pero obtenida a través de un método ilícito), o ante las pruebas que se deriven de ella, pues -de acuerdo con la teoría tradicional que comentábamos- en toda investigación policial o judicial dirigida a esclarecer una conducta punible, tendríamos por un lado el interés de llegar a la verdad real de los hechos, estableciendo con precisión qué fue lo que ocurrió y quién fue el autor de ello, pero -al mismo tiempo- se nos presenta el problema de que en el desarrollo de dicha labor investigativa también debemos respetar las garantías del sujeto contra el cual se dirige esta. La solución a esta disyuntiva no resulta nada fácil, ni tampoco ha sido pacífica en la doctrina.

En este sentido se dice que "... la discusión del tema de la prueba ilícita ha tenido su fundamento en la ponderación de dos intereses fundamentales que tutela el ordenamiento jurídico: el primero de ellos, el respeto a los derechos fundamentales en la obtención de las pruebas; el otro, la búsqueda de la verdad real, en aras del interés de la colectividad de que se haga justicia cumplida. Ambos son intereses fundamentales. Ha sido la búsqueda de esos intereses lo que ha llevado a la existencia de varias posiciones en la doctrina, para resolver el problema de la prueba ilícitamente obtenida ..."¹⁵.

Resulta claro que la tesis tradicional, que parte del adagio según el cual "*el fin justifica los medios*", si bien podría calificarse de muy útil como principio rector en la investigación y represión de los delitos, nos llevaría a esa contradicción fundamental de la que nos hablaban Holmes y Warren, todo lo cual -al final de cuentas- vendría a deslegitimar por completo el sistema de administración

¹⁵ Cortés Coto (Ronald), y Pereira Pérez (José María), op.cit., pág. 1.

de justicia penal, pues resultaría un contrasentido insalvable que se pretenda sancionar al ciudadano quien irrespetó el ordenamiento jurídico, a través de un proceso en el que igualmente se violen las normas. Debido a este, la única solución posible será imponer una *sanción* por ese quebranto de las normas y principios fundamentales, misma que consistirá en eliminar el acto viciado del proceso, así como los elementos que de él se deriven.

Si bien en los Estados Unidos, con ciertas excepciones, se ha tenido claro que la opción antes descrita (eliminar del proceso la prueba viciada), en otras esferas del common law no se ha dado el mismo fenómeno, pues -por ejemplo- en algunos tribunales de Inglaterra se ha entendido que el criterio que debe privar, a efectos de determinar si ese elemento espurio resulta admisible, consistirá en establecer si éste es relevante para el proceso, por cuanto si efectivamente lo es (sin importar cómo se obtuvo) resultará admisible¹⁶. Este fue el criterio que sostuvo Lord Goddard al pronunciarse en cuanto a una apelación en el caso *Kuruma son of Kaniu vs. R* (1955)¹⁷.

Es dentro de este contexto que surge la doctrina estadounidense de la prueba espuria que, como ya dijimos, se fue moldeando poco a poco a través de varios pronunciamientos de la Corte Suprema, de los cuales vamos a extraer y analizar los que hemos considerado como más significativos.

1º). *MARBURY vs. MADISON* (1803). En este caso se pone de manifiesto la tendencia de reconocer la preeminencia de las garantías constitucionales dentro del proceso penal, pues la Constitución Federal de 1787 propugnaba que, debido a la superioridad jerárquica de la norma fundamental sobre las leyes, éstas sólo podrían ser aplicadas cuando el juez comprobara su conformidad con aquella. Con este principio se está implementando un control directo de la constitucionalidad de las leyes por parte del juez, a quien incluso le corresponderá -entonces- desaplicar cualquier norma que estime contraria a la Constitucional. En el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, el Tribunal Supremo, presidido por el juez Marshall, estableció esta jerarquía superior de la Constitu-

¹⁶ Armijo Sancho (Gilbert), op.cit., página 146.

¹⁷ SALAZAR MURILLO, Ronald. *Intervenciones Corporales y Tutela de los Derechos Fundamentales*, editado por Investigaciones Jurídicas S.A., San José. 1ª edición, agosto del 2000, página 199.

ción Política sobre cualquier ley ordinaria, lo que trajo como consecuencia que cualquier prueba que viole esa norma fundamental, así como aquellas que sean consecuencia necesaria suya, deben ser despojadas de todo valor. Esta será la génesis de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, también conocida bajo otras expresiones como «*prueba refleja*» o «*derivada*» de otra ilícitamente obtenida¹⁸.

2º). *SILVERTHORNE LUMBER CO. vs. UNITED STATE*: En este asunto, que data de 1920, se sientan los precedentes de lo que más tarde se perfilaría como la doctrina que nos ocupa, es decir, la exclusión no sólo de la prueba directamente violatoria de garantías fundamentales, sino también de aquellas que se deriven de ella: «... *la esencia de la regla que prohíbe un cierto modo de obtener la prueba consiste no sólo en que la (prueba) conseguida de esta manera no será utilizada ante el tribunal, sino en que no lo será en ninguna forma, y por tanto tampoco indirectamente, por medio de una prueba limpia basada en otra contaminada ...*»¹⁹. Esta jurisprudencia se vino a consolidar -junto con la que veremos a continuación- con los pronunciamientos *Wong Sung vs. US* (1963) y *Harrison vs. US* (1968), pues se extiende ese efecto invalidante de la irregularidad en el proceso de obtención de la prueba, no sólo a ésta (conseguida mediante contradicción directa del ordenamiento jurídico), sino también (aún siendo lícita en sí misma o en su proceso de obtención), a aquella que se basa y deriva de la primera²⁰.

En este asunto se aplicó la regla de exclusión de la prueba contaminada, por haberse violado la 4ª Enmienda Constitucional, que prohíbe los registros injustificados de personas, domicilios, papeles y efectos personales, pero dicha cobertura se llevó aún más allá en casos posteriores, por ejemplo en el caso *US vs. Wabe* (1967) y en *Nix vs. Williams* (1984), donde se emitió un pronunciamiento en cuanto a las vulneraciones de la 6ª Enmienda (derecho

¹⁸ Velasco Núñez (Eloy), «PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE. DOCTRINA DEL «FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO»: CORRECCIONES ACTUALES Y TENDENCIAS DE FUTURO», en el libro «MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES», publicado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1ª edición, mayo de 1996. Página 427.

¹⁹ *Ibid*, página 429.

²⁰ *Ibid*., página 428.

a la asistencia letrada durante los reconocimientos); y en cuanto a la 5ª Enmienda (derecho de no declarar contra uno mismo) se dio el caso *Kastigar vs. US* (1972)²¹.

Como se logra comprender de estos precedentes, la jurisprudencia vino a darle un perfil muy particular a los problemas generados por actos de investigación irrespetuosos de normas fundamentales, pues se decidió por una aplicación efectiva y directa de la Constitución aún cuando ello implicara el sacrificio de esfuerzos policiales que ya habían deparado frutos, pues se estimó que resultaría un contrasentido mantener los efectos de los mismos a pesar de que estaban contaminados.

3º). *NARDONE vs. UNITED STATE*: En este caso de 1939, que tuvo su antecedente en el que acabamos de citar, es donde el juez *FRANKFURTER* utiliza por primera vez el concepto de «*fruit of the poisonous tree doctrine*». La cuestión que aquí se discutió fue que las pruebas se obtuvieron en virtud de la grabación de unas conversaciones que sostuvo el imputado, todo ello sin orden judicial previa, donde el juez indicó «... prohibir el uso directo de estos métodos ... pero no poner freno al indirecto, constituiría una incitación a estas mismas artimañas, tenidas por incompatibles con los niveles éticos medios y destructores de la libertad personal ...»²². Aquí se advierte el germen del «efecto disuasorio» (deterrence effect) que conllevan las reglas de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, pues con las sanción que se aplicó (en virtud de la cual se optó por negarle toda eficacia probatoria al elemento ilícito), se buscó un efecto preventivo negativo, enfocado a la labor policial, según el cual la razón o justificación para eliminar del proceso esta prueba viciada no es otro sino buscar que ésta se abstenga de utilizar esos métodos inconstitucionales de obtener prueba, pues sabrán que tal actuación irremediamente tendría por único destino el fracaso²³. Es más, en el caso *Elkins vs.*

²¹ Ibid. pág. 429.

²² Lafave (Wayne R.), e Israel (Jerold H.), «*CRIMINAL PROCEDURE*», Hombok Series, Student edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985, pág. 427. citado por Velasco Núñez (Eloy), op.cit., pág. 428.

²³ Este efecto disuasorio se consagró expresamente en el caso *US. vs. Janis* (1976), donde se hizo ver que «... la regla de exclusión ... tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en la enmienda (constitucional), a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo ...». Ibid, página 430.

US (1964), ya se había indicado que este era el único modo posible y efectivo para controlar a la Policía. Debido a esto, resulta coherente que -siendo ese efecto disuasorio el fin que se persigue- la jurisprudencia excluya dicha tesis cuando la violación constitucional provenga, no de un funcionario, sino de un sujeto particular²⁴. Lo que sí no encuentra mucho asidero es que se le haya reconocido valor a una prueba ilícita bajo el argumento de que fue producida por parte de policías que no eran de nacionalidad estadounidense²⁵. A este sin sentido nos lleva una posición sólo dirigida a conseguir ese *efecto disuasorio*, pues en ella se pierde de vista que el mismo sólo es el medio a través del cual se pretende tutelar y darle efectivo cumplimiento al texto constitucional.

4º). *MAPP vs. OHIO*: En este pronunciamiento de 1961 se toca el tema de la arbitrariedad y prepotencia de la Policía en su labor investigativa. Este caso consistió en lo siguiente: los agentes policiales llegaron a la casa de la señora *Mapp* a quien le piden permiso para ingresar y realizar un registro, pues buscaban a un sujeto peligroso al que se le investigaba por la detonación de una bomba. Debido a que la señora se negó a su pedido, los policías se retiraron para volver luego, diciéndole que ya contaban con la orden judicial requerida, en virtud de lo cual realizaron el ingreso y el registro que pretendían. El problema consistió en que la señora *Mapp* pudo comprobar que la orden que le mostraron era falsa, peleando por hacerse con el documento, sin conseguirlo. Gracias a las diligencias así practicadas, se halló en el lugar cierto material pornográfico. Con esta base fáctica, el Tribunal Supremo resolvió que cuando un registro en tales condiciones vulnera la garantía constitucional que resguarda la intimidad y el domicilio, pues en este caso ni siquiera se contaba con una *causa probable* que lo justificara, por lo que el fruto del registro (las evidencias recolectadas) está envenenado y por ello resulta inadmisibles.

5º). *ESCOBEDO vs. ILLINOIS*. En este asunto, de 1964, se sanciona la práctica policial de haber recurrido a triquiñuelas o mecanismos fraudulentos para impedir que el imputado -ya dete-

²⁴ Este principio aparece recogido en el caso *US vs. Jacobsen* (1984).

²⁵ Este criterio, en contra del cual hubo votos discrepantes, se plasmó en el caso *Bruar vs. US* (1967), donde la mayoría consideró que los elementos ilícitos mantenían su eficacia, pues fueron recogidos por policías mejicanos.

nido y acusado de homicidio- pudiera comunicarse con su defensor y, gracias a ello, se consiguió una confesión suya²⁶. Lo importante de esta resolución es que se asegura que el imputado debió contar con un abogado desde el propio momento en que el proceso dejó de ser una investigación y se concretó la acusación, con lo que -entonces- se consagra el principio de la defensa técnica desde el momento en que a un sujeto se le atribuye la comisión de un hecho delictivo por parte de las autoridades. La importancia de esta declaración resulta manifiesta, pues coincidimos con CAROCCA PÉREZ en que "... el fundamento esencial de la asistencia o defensa técnica a las partes en cualquier clase de proceso, se encuentra, sin duda, en la circunstancia de que el ejercicio de las facultades que confiere la garantía de la defensa, precisa de unos conocimientos jurídicos que el ciudadano generalmente no tiene ..."²⁷, de donde podrá reconocerse sin duda alguna la trascendencia de esta declaración a efecto de procurar una tutela efectiva de las garantías constitucionales del sujeto sometido al proceso de investigación.

6º). MIRANDA VS. ARIZONA: Este pronunciamiento de la Corte Suprema de 1966 no sólo reitera el principio que se analizó en el anterior apartado, en el sentido de que es nula y carece de todo valor probatorio la confesión obtenida por la Policía, cuando en ella el imputado no contó con la asesoría de un abogado. Pero no sólo eso, sino que además se establece que el derecho a la defensa técnica surge desde el momento en que el sujeto es privado de su libertad, que es -precisamente- la situación en la que más se encuentra a merced de la arbitrariedad policial y, por ello, más importante resulta la asesoría de un profesional en Derecho. En este fallo también se sienta el precedente de que en tales condiciones, el acusado debe ser advertido e informado acerca de sus derechos constitucionales²⁸, a saber, abstenerse de declarar, saber que cualquier manifestación suya podría ser utilizada en su contra, que tiene derecho a contar con un defensor, y que este derecho rige también durante el interrogatorio policial, y -por últi-

²⁶ Armijo Sancho (Gilberth), op.cit., página 157.

²⁷ Carocca Pérez (Alex), "GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PROCESAL", editorial Bosch, Barcelona. 1ª edición, 1988. Página 495.

²⁸ Este precedente jurisprudencial es el que consagra las famosas «advertencias Miranda»

mo- que si no tiene medios económicos para contar con un profesional que lo represente, el Estado le asignará un defensor público.

7º). OROZCO VS. TEXAS: En este pronunciamiento (1969) se llevan aún más allá las advertencias Miranda. Se trata de una investigación por homicidio donde el imputado, ante un interrogatorio policial sin la presencia del defensor, reveló el lugar donde estaba el arma, la que -a través de los análisis de balística- se individualizó como la utilizada en la perpetración del hecho. La mayoría de la corte, con redacción del juez Black, resolvió que tal confesión (sin las advertencias Miranda) era ilícita e inadmisibile. De este modo se buscó ese efecto preventivo desalentador en contra de los abusos policiales, al que hicimos referencia, pues se anuló no sólo la prueba viciada, sino también sus efectos.

8º). HARRIS VS. NEW YORK: Con este fallo se pone fin a la corriente liberal que hasta entonces venía defendiendo el juez Earl Warren, pues al pensionarse dió inicio un proceso de involución. En el caso que nos ocupa, de 1971, la Policía recibió una confesión del encartado, a quien se le atribuía un delito relacionado con drogas, pero sin que de previo a ello se le hiciesen las advertencias Miranda. No obstante ello, el juez -a pedido del fiscal- admitió dicha confesión a fin de acreditar que la declaración rendida por él en juicio no se apegaba a la verdad. Esta decisión fue confirmada por la mayoría del Tribunal Supremo bajo el argumento de que «... el sr. Harris no podía convertir la regla Miranda en una licencia para cometer perjurio. Por lo tanto, era aceptable usar la confesión solamente para demostrar lo mentiroso que era ...»²⁹. Como se aprecia de lo anterior, es claro el retroceso de la jurisprudencia en relación a los principios garantistas que venía defendiendo la Corte Suprema con la anterior integración, pues se cae en interpretaciones de corte autoritario que no resultan acordes con un sistema democrático de Derecho. Y es que dentro del contexto jurídico y del sistema político en los que nos desenvolvemos, debería desecharse una corriente de pensamiento en esta dirección, pues, conforme lo sostiene GARCÍA MARTÍNEZ, "... se insta un debido proceso (en nuestro medio democrático) teleológicamente orientado a evitar, en lo posible, la arbitrariedad, en

²⁹ Armijo Sancho (Gilberth), op.cit., página 159.

atención a la protección del ser humano y su dignidad, por lo que resulta evidente que cualquier irrupción o quebranto de los derechos fundamentales por parte de las autoridades o instancias de control ... no puede formar parte en forma válida de los elementos probatorios tenidos en cuenta para fundar o legitimar esa verdad procesal ..."³⁰.

A partir de este momento, en el que se experimenta una especie de retraimiento de la agresiva visión garantista liderada por los jueces Holmes y Warren, se empieza a forzar una jurisprudencia en virtud de la cual se determina que la regla de la exclusión no es absoluta sino que en algunos supuestos deberá atenuarse. Es así como se elaboran otras tesis en tal sentido, es decir, con el propósito de limitar los alcances de la eliminación de la prueba ilícita, sobre todo de la refleja, siendo que -entonces- surge la posición del balancing-test (estudio de aquellos casos en los cuales no se consigue efecto disuasor, donde entonces entraría a regir el principio de proporcionalidad), la actuación policial de buena fe, la fuente independiente, el nexo causal atenuado, y también el descubrimiento inevitable o necesario, veamos.

9°).- YANIS VS. US (1976), y STONE VS. POWELL (1976). Ya adelantamos que, como una limitante de la regla de exclusión de la prueba espuria, surge el balancing-test, según el cual, antes de optar por la eliminación de la prueba viciada (y sus reflejos), deberá hacerse una ponderación de hasta qué punto con ello se conseguirá ese efecto disuasor o preventivo con respecto a la Policía, de tal modo que si éste no se da, no tendría por qué aplicarse aquella. En este sentido se estructura el fallo Yanis vs. US³¹, pues ahí se indica que no vale la pena sacrificar una prueba importante cuando ese efecto preventivo no parece claro³², insistiéndose en que la regla de exclusión no constituye un derecho subjetivo de la parte agraviada³³. Es de aquí de donde se deriva la

³⁰ García Martínez (Miguel), "ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS Y EN LA EFICACIA DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO", Editorial Jurídica Continental, San José. 1ª edición, mayo del 2002. Página 63.

³¹ Este mismo criterio se plasma en los casos US vs. Calandra (1994), y Stone vs. Powell (1976).

³² Armijo Sancho (Gilberth), op.cit., página 160.

³³ Velasco Núñez (Eloy), op.cit., pág 430.

posición -que hemos criticado- de que la regla de la exclusión no resultaría aplicable cuando la infracción constitucional haya provenido de particulares o de policías no estadounidenses³⁴.

10°). SHEPPARD VS. MASS (1984): Aquí es donde se introduce la tesis good fait exception (excepción de la buena fe), según la cual -como una consecuencia lógica de la regla del balancing test- tampoco deberá aplicarse la exclusión de la prueba viciada cuando el funcionario que la obtuvo de manera irregular actuó de buena fe, pues el error en el que éste incurrió al actuar neutraliza cualquier grado de disuasión³⁵. Esta falsa representación puede originarse en que el policía creía que actuaba dentro de la ley.

III.- PROHIBICIONES PROBATORIAS

Tal y como se ha desarrollado en el presente trabajo, el problema de la prueba ilícita tiene íntima relación con los fines del proceso penal. Por un lado debe buscarse la verdad real o material, es decir, tratar de reconstruir el acontecimiento para determinar la existencia o no de un hecho delictivo y la participación en éste de un sujeto en particular. Esto tiende a la vez a la protección de la sociedad contra las personas que no quieren ajustar su comportamiento a las reglas establecidas para preservar la convivencia. Por el otro, esa búsqueda de la verdad real no autoriza la utilización de cualquier medio, pues existe un límite fundamental, a saber, el respeto a la dignidad humana. El preservar los derechos fundamentales del imputado marca y restringe el uso de los medios de prueba en el proceso penal.

En Costa Rica la búsqueda de la verdad real se fija como uno de los fines del proceso en diversas normas, entre las cuales se pueden citar el artículo 180 del Código Procesal Penal, el que a la vez señala expresamente que debe utilizarse en tal menester los medios de prueba permitidos. Otras normas, resabios del sistema inquisitivo, autorizan al juez, de oficio, para ordenar la recepción de prueba en la fase de juicio. En algunos casos por inercia

³⁴ Aparte del caso Yanis vs. US, esto se estableció por mayoría -con votos disidentes- en los casos US vs. Jacobsen (1984), y Brualy vs. US (1967).

³⁵ Velasco Núñez (Eloy), op.cit., pág 430.

de las partes (art. 320)³⁶, o bien cuando surjan hechos o circunstancias nuevas en el juicio oral que revelen la necesidad de nueva prueba (prueba para mejor resolver: arts. 320 y 355)³⁷, lo que también puede extenderse a la deliberación, autorizándose incluso la reapertura del debate para tal efecto (art. 362)³⁸.

Incluso a nivel jurisprudencial, con base en el artículo 180 citado, se ha creado lo que se conoce como el principio de amplitud probatoria, es decir, los tribunales están obligados a recibir prueba que haya sido ofrecida en forma extemporánea o irregular, siempre que resulte útil y pertinente para la averiguación de la verdad real (Sala Constitucional, votos: 1739-92, 2172-98, 3374-99, 9802-99, 151-00, 7805-00; Sala Tercera: votos: 272-F-92, 390-F-92, 572-F-97; Tribunal de Casación Penal, votos: 566-99, 473-00, 522-00). Esa prueba corresponde a la ofrecida por las partes, pero su importancia radica en que no puede rechazarse por un simple formalismo procesal de no ofrecerse oportunamente, es decir, en la fase intermedia o con el escrito de querrela (arts. 74 inciso e, 76, 303, 308, 317 inciso e del cpp).

Ahora bien, como se dijo, esa búsqueda de la verdad tiene límites. El propio artículo 180 cpp restringe los medios de prueba permitidos, es decir, no debemos separarnos de los procedimientos establecidos por la ley para lograr el elemento de prueba, pues resultarían espurios (art. 181 y 175 del cpp). Existen otras prohibiciones de obtención de prueba en relación con el imputado, como aquellas que menoscaban la libertad de decisión, su memoria o la capacidad de comprensión y dirección de sus actos (art. 96 cpp).

³⁶ Regula dicha norma "... El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considera evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas..."

³⁷ "... Prueba para mejor proveer. Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento...". El art. 320 cpp señala que también se incluye dentro de este concepto la posibilidad de ofrecer la prueba que haya sido rechazada a la parte en el auto de apertura a juicio.

³⁸ Regula este artículo "... Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados..."

Finalmente se prohíbe al juez fundamentar sus decisiones en prueba obtenida con violación a las reglas establecidas (art. 142, 175, 369 inciso d, 408 inciso g, cpp)³⁹.

Con base en lo expuesto se le ha fijado diversos límites al proceso de investigación, que tienden al control y exclusión de la prueba ilícita. Así, por un lado existen prohibiciones referidas a la obtención de prueba y, por otro, prohibiciones de valoración de prueba que si bien ya fue obtenida, en dicho trámite se incurrió en alguna infracción, lo que a continuación será objeto de desarrollo.

1.- PROHIBICIONES DE OBTENCIÓN DE PRUEBA.

La prohibición de obtención ilegal de prueba tiene relación con el respeto a las garantías individuales, consagradas en la Constitución Política (arts. 39 y 40 de la Carta Magna) y que se instrumentalizan o definen con mayor amplitud en la legislación procesal penal, donde se regula su exclusión como elemento utilizable para justificar una decisión (art. 175 cpp).

Acorde con lo anterior se establecen, en relación con la obtención de prueba, prohibiciones a nivel del objeto de prueba, de los métodos de investigación y de los medios de prueba.

Nuestro interés es hacer referencia a los alcances de estas prohibiciones y, a la vez, describir y analizar la posición de la Sala Constitucional, la Sala de Tercera, ambas de la Corte Suprema de Justicia, y del Tribunal de Casación Penal, sobre el particular, incluyendo lo que la jurisprudencia de estos tribunales estima que no constituyen violaciones a los medios de prueba y por ende prueba ilícita. Es claro que, por la amplitud de los temas, no es posible tratarlos todos, de ahí que el estudio sea parcial y relacionado con los que estimamos más importantes.

A.- PROHIBICIÓN POR EL OBJETO DE LA PRUEBA

La regla general establecida en diferentes legislaciones y particularmente en la nuestra (art. 182 cpp) es la libertad probatoria, es decir, todo se puede probar y por cualquier medio, siempre que sea permitido. Incluso en el Código Procesal Penal de Costa

³⁹ Esto ha llevado al Dr. Armijo (op.cit., pág. 193) a afirmar: "... Desde este punto de vista, aceptamos que la búsqueda de la verdad no es un fin en sí misma. La actividad probatoria tiene un claro límite al mantener en un Estado de Derecho el respeto por la dignidad del ser humano..."

Rica, que entró en vigencia el primero de enero de mil novecientos noventa y ocho, el legislador fue consciente de la velocidad del avance de la ciencia y la tecnología y previó el uso de otros medios probatorios, diferentes a los estipulados en esa legislación, siempre y cuando no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional (art. 234 cpp).

Esa libertad probatoria tiene algunos límites regulados en forma expresa por la ley. En tal sentido en nuestro medio se prohíbe el tener como objeto de prueba lo relativo a secretos políticos o de seguridad, concernientes a los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación (artículo 286 del Código Penal).

También se establece la posibilidad de no someter a prueba los hechos notorios (art. 183 cpp) y se rechaza como objeto de prueba hechos o circunstancias que no estén relacionados con la acusación o la acción civil. Se limita la prueba de la verdad, en delitos contra el honor, a los casos en que la imputación esté vinculada con la defensa de un interés público actual y cuando el querellante pidiere la prueba de la imputación con él, siempre que no se afecten derechos o secretos de terceras personas (art. 149 del Código Penal)⁴⁰.

Estos ejemplos revelan algunos de los casos que el propio artículo 182 cpp excluye como objeto de prueba y que vienen a restringir el principio de libertad probatoria y su justificación de averiguar la verdad real o material.

B.- MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN PROSCRITOS.

Existe consenso en que no es posible utilizar la prueba producto de la tortura, aunque recientemente se ha cuestionado su similitud con algunos institutos procesales actuales como el procedimiento abreviado⁴¹.

⁴⁰ Sobre el tema puede consultarse Castillo González (Francisco). «LA EXCEPCIÓN DE VERDAD EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR». San José, Costa Rica, editorial Paliestra, 1988.

⁴¹ Resulta de sumo valor sobre el particular el trabajo de John H. Langbein. Tortura y plea bargaining, en: El procedimiento abreviado. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 3-29.

b.1.- Aspectos generales.

En Costa Rica el artículo 40 de la Constitución Política es claro al respecto, restando valor a las declaraciones obtenidas por medio de violencia y prohibiendo el uso de tratamientos crueles o degradantes. Es decir, no es posible utilizar violencia física ó psicológica para lograr elementos probatorios que sirvan de base a una decisión. Ya se hizo mención al art. 96 del cpp que también rechaza el uso de coacción o amenaza para obtener una declaración del imputado. De esta forma también quedan excluidos el uso de tecnología para lograr información de parte del imputado, tales como el polígrafo o detector de mentiras, la hipnosis, etc.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sido sumamente clara al respecto, eliminado cualquier posibilidad de obtener prueba a través de dichos medios, lo que puede consultarse en el voto 481-2001, y lo propio ocurre con la Sala Constitucional, que ha rechazado la posibilidad de utilizar prueba que provenga o se consiga de la tortura: voto 2229-99.

Derivado de las normas citadas tampoco es posible recibir la declaración del imputado bajo efectos de drogas pues, como bien lo señala ARMIGO SANCHO⁴², estaríamos ante un caso en que la persona es inimputable o al menos tendría imputabilidad disminuida (arts. 42 y 43 del Código Penal), lo que no permitiría otorgar valor alguno a su deposición en esas circunstancias. La manifestación de voluntad del imputado debe ser libre y no contener vicios. Estos se presentarían cuando se usen amenazas o coacción, y también cuando se encuentre bajo algún grado de perturbación de la conciencia que no le permite discernir los alcances del acto que realiza, ya sea que el mismo se encontrara en ese estado o se le colocara en él.

b.2.- El imputado como sujeto y como objeto de prueba.

Dentro de los temas que se discuten, tanto a nivel doctrinario como de la jurisprudencia, se encuentra el de tener al imputado como **sujeto** de prueba, lo que se ha rechazado, por infringir los artículos 39 de la Constitución Política y 8 de la Convención Ameri-

⁴² Armigo Sancho (Gilbert), op.cit. pág. 197.

cana sobre Derechos Humanos, aceptándose que sí puede ser **objeto** de prueba, con algunas limitaciones que han sido tratadas en forma amplia y con gran tino en nuestro medio por SALAZAR MURILLO⁴³.

Para distinguir cuándo el imputado es sujeto u objeto de prueba, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que se presenta la primera hipótesis si el mismo debe realizar alguna actividad (comportamiento activo) para producir prueba. Será objeto de prueba cuando mantenga una conducta pasiva, es decir, no deba ejecutar alguna acción (voto 3406-93, de las 8:27 horas, del 16 de junio de 1993, entre otros), salvo tolerar algunos procedimientos.

El rechazo del imputado como órgano o sujeto de prueba es lo que ha llevado a prohibir el obligarlo a participar: en careos (art. 233 cpp); en una reconstrucción de hechos (art. 192 cpp); o confeccionar un cuerpo de escritura para realizar una prueba (art. 234 cpp). Sin embargo es importante señalar sobre lo último que la Sala Constitucional (votos 6261-93) ha dispuesto que se puede utilizar la firma estampada por el imputado en su declaración y luego en la negativa de realizar el cuerpo de escritura, para confrontarlas con el documento cuestionado. Esto, en principio, se dice que no atentaría contra el derecho fundamental de no aportar prueba en su contra.

El problema se presenta con la jurisprudencia de la Sala Tercera (consultar los votos N° 274-F-94, N° 335-F-94, N° 847-00, y N° 634-02), que ha establecido que ni siquiera hay que advertir al imputado de su derecho de abstenerse de realizar el cuerpo de escritura porque no interviene como órgano de prueba sino que al realizar los trazos actúa como objeto de prueba, posición que no compartimos en lo absoluto.

La Sala Tercera también ha indicado que es diferente la situación que contempla el artículo 36 en cuanto al derecho de abstenerse de declarar, de aquella de advertirle de su derecho de no aportar prueba que pueda perjudicarlo. Se sostiene que esto llevaría al absurdo de confundir la potestad de abstenerse de declarar con las vinculaciones procesales a que está sometido cualquier imputado, como el deber de participar en un reconocimiento,

⁴³ Salazar Murillo, Ronald. op. cit.

a una corta de cabello, una inspección o registro personal (votos 274-F-94 y 335-F-94). Nos parece que la posición de la Sala Tercera no es acorde con la doctrina elaborada por la Sala Constitucional en cuanto a la diferencia del imputado como sujeto y como objeto de prueba. Es claro que es distinto someter al imputado a un reconocimiento o una inspección corporal, a inducirlo a realizar un cuerpo de escritura. En lo segundo él está realizando una acción, y comportamiento totalmente activo, lo que de por sí implica que es sujeto y no objeto de prueba. La prueba que así se obtenga será ilícita y a nuestro juicio no puede ser aprovechada.

La situación cambia cuando se tiene al imputado como objeto de prueba, lo que está expresamente permitido en el artículo 88 del Código Procesal Penal que regula "... Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias. Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que la realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad...".

La Sala Constitucional se ha encargado de delimitar los alcances de esa permisión, entre otros, en los votos: 556-91, 268-92, 941-92, 3461-93, 1408-95 y 1428-96, este último el más importante donde se resalta la dignidad de la persona como límite a las intervenciones corporales. Otros temas de interés del voto sobre el particular son ampliamente tratados por SALAZAR MURILLO en la obra ya citada.

De gran valor resultan los votos 3834-92 y 6966-00 de la Sala Constitucional, en los cuales se dispone que la prueba de alcoholemia, realizada a partir de la toma de una muestra de sangre, no es inconstitucional. Resaltamos la importancia de esta decisión en un país donde los accidentes de tránsito y las muertes derivadas de estos son noticia de cada día, es decir, tenemos uno de los índices más altos de defunciones por este motivo, en lo que normalmente está involucrada la ingesta alcohólica. Esta temática también ha sido conocida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, admitiendo la posición del imputado como objeto de prueba y concretamente en el tema relacionado con la alcoholemia (voto 1132-01).

Las razones que expuso la Sala Constitucional en los referidos votos para descartar la inconstitucionalidad de la prueba de alcoholemia son: «...la alcoholemia...no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito del derecho proclamado en el artículo 36 constitucional. Lo mismo puede afirmarse en cuanto a una eventual vulneración de la presunción de inocencia, entendida como derecho autónomo de todo investigado, pues la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa, no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado. Por último el obligado sometimiento del investigado a este tipo de prueba lleva consigo el derecho de defensa y el de contradicción, quien podrá ejercerlo ante la autoridad judicial correspondiente, mediante los procedimientos establecidos...».

Conforme se aprecia en estos votos la Sala aplica la doctrina del imputado como objeto de prueba, es decir, su obligación de someterse a algunas pruebas en las que él no debe efectuar algún aporte mediante una acción voluntaria. Los límites legales que se imponen son la utilidad, proporcionalidad y seguridad de la prueba efectuada, debiendo ser recabada por personal idóneo y sin poner en peligro la vida o integridad física del sospechoso (voto N° 1132-01 de la Sala Tercera).

C.- Prohibición de utilizar medios de prueba en casos particulares.

Existen algunas restricciones en cuanto a la utilización de medios de prueba, en casos particulares, por estimarse que hay otros bienes más importantes que la verdad real.

c.1.- Protección de la familia y derecho de abstenerse de declarar.

La Constitución Política (art. 36) y el Código Procesal Penal (art. 205), establecen la posibilidad de que el cónyuge, el conviviente, con más de dos años de vida en común, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad, puedan abstenerse de declarar contra el imputado.

Este derecho, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, puede ejercerse durante todo el proceso e incluso en el desarrollo de la declaración (voto 264-91) y debe advertirse al deponente antes de que proceda a la emisión de su deposición (Voto 2023-01).

Es importante señalar que la Sala Constitucional ha estimado en algunos casos que el derecho a reclamar la inobservancia de esas disposiciones corresponde en forma exclusiva al testigo y no al imputado (votos 3129-96 y 1782-97), con lo cual parece acogerse la regla del standing desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos de América. Esta excepción implica que la única persona autorizada para reclamar la violación a la Constitución es la persona a la cual se le vulneró el derecho y no puede extenderse a otras personas. A nuestro juicio lo anterior no es correcto porque todas esas reglas se han establecido precisamente a favor del imputado y no concebimos cómo un testigo va a reclamar que no se le advirtió del derecho de abstenerse de declarar si normalmente no le afectará directamente. Lo cierto es que la regla tiende a proteger al imputado y es a la persona que finalmente afecta una deposición en esas circunstancias, tal y como ha sido aceptado por la misma Sala Constitucional en otras oportunidades (voto 8738-97), decisión en la que se determinó que el imputado sí podía alegar la inobservancia del artículo 36 constitucional, cuando no se efectúan las prevenciones a los familiares a que se refiere la norma.

c.2.- Derechos del testigo sospechoso.

Otro tema que resulta importante es el correspondiente a los derechos del testigo sospechoso. La jurisprudencia ha sido concordante en que basta advertirle del derecho de abstenerse de declarar, siendo recomendable, pero no indispensable, la presencia de un defensor. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los votos 123-97, 1052-97, 188-99, 180-00, 826-00, 1237-00 y la Sala Constitucional en los votos 5630-94 y 2659-95, agregando que en los casos en que no se cumpla con la advertencia, la declaración no tiene validez.

La posición de la jurisprudencia se resume en el voto 1237-00 de la Sala Tercera, en donde se dispuso: *"... No es necesario que el testigo sospechoso sea asistido por un letrado al brindar su declaración. Basta que se le hagan las prevenciones de ley para que su declaración libre sea válida. El derecho de defensa le debe ser tutelado con la asistencia de la defensa técnica cuando se analice su eventual responsabilidad penal, ostentado en este caso la calidad de endilgado; mas no cuando lo que se está examinando es la responsabilidad de otro sujeto. Hasta entonces, ninguna actuación procesal, salvo la declaración misma y los factores cognitivos que de ella puedan derivar, es llevada a cabo con posibles consecuencias para él. De tal forma que no puede estimarse, como señala el defensor, que al no disponer de asistencia letrada esa deposición es inválida y por ende la sentencia está mal fundamentada..."* (2000-01237).

A nuestro juicio esa discusión ha perdido importancia con las nuevas reglas del Código Procesal Penal, que si bien parecen mantener la figura del testigo sospechoso al disponer *"El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal..."* (Art. 204 cpp), también determina que resulta imputado la persona a la que se le tenga, en cualquier actuación judicial o policial, como simple sospechoso de la comisión de un hecho delictivo (arts. 13 y 81 del cpp). A la vez regula que a partir de ese mismo instante el imputado tiene, entre otros derechos, el de ser asistido por un profesional en derecho, es decir, a la defensa técnica (art. 13 y 101 cpp). Esto implica que ya no existe el testigo sospechoso, porque al operar dicha circunstancia se ha convertido en un imputado, con todas las garantías que establece en su favor la Constitución y el Código Proce-

sal Penal, entre ellos, derecho de conocer los cargos, las pruebas y los derechos en su favor; de contar con una defensa técnica; y también de abstenerse de declarar.

c.3.- El derecho de abstenerse de declarar y el procedimiento abreviado.

Otra tema de interés es lo relativo a la advertencia del derecho de abstenerse de declarar en el procedimiento abreviado. La declaración voluntaria del imputado se convierte en un elemento de prueba más a tomar en cuenta por el juzgador. Dentro de los requisitos de validez de dicha deposición se establece la obligación del juez de advertirle de su derecho de abstenerse de declarar (arts. 36 de la Constitución Política y 82 inciso e del Código Procesal Penal).

Con fundamento en lo anterior se ha cuestionado si es o no necesario advertir al imputado de su derecho de abstenerse de declarar, cuando solicita la aplicación del procedimiento abreviado, previo a la admisión de los hechos de la acusación. La Sala Constitucional ha estimado que no resulta necesario esa advertencia, porque *"...En el caso de los procesos que se concluyen mediante la aplicación de un procedimiento abreviado la situación fáctica es esencialmente diferente de aquella que sirvió de motivación para la regulación contenida en el artículo 36 de la Constitución. En el supuesto normal, regulado en este artículo constitucional, el imputado no ha coadyuvado en ninguna de las fases del proceso seguido en su contra o si lo hizo en algún momento, no pretende hacerlo más, de manera que la garantía opera en toda su dimensión protegiendo su decisión en tal aspecto e imponiendo al Estado el deber de no sacar consecuencias jurídicas de esa actitud. El procedimiento abreviado en cambio ni siquiera tiene definida una fase de debate oral propiamente tal que se asimile a la del juicio común donde pueda ser necesario prevenir al imputado que le asiste un derecho a abstenerse de declarar. El legislador exige solamente la existencia de un proceso abierto en donde, en el momento procesal establecido legalmente, el imputado valore su situación junto con su defensor y decida si estima más adecuado a sus intereses manifestarse en el sentido de admitir los hechos según se le pide, para obtener a cambio un trámite más acelerado y ventajas en el monto de la sanción; la participación activa del imputado, se dirige entonces libre y voluntariamente a*

colaborar en el proceso mediante la aceptación de los hechos acusados con el fin de obtener una ventaja para sí. Ese pacto, llevado a cabo con el Ministerio Público es el antecedente necesario para la existencia del procedimiento abreviado de modo que éste último nace a la vida jurídica precisamente como efecto de – entre otras condiciones- la aceptación de los cargos que hace el imputado, puesto que sin ella no habría existido y no tendría razón de ser. Por tales razones tiene sentido entender que ya dentro del desarrollo de tal procedimiento, la garantía del artículo 36 de la Constitución Política no representa ninguna protección o ventaja real, pues aún cuando el imputado fuese confrontado por el Tribunal (en la **eventual** audiencia establecida en el primer párrafo del artículo 375 del Código Procesal Penal), el **mismo efecto jurídico** tendría el que declare reiterando su anuencia o bien que calle, porque en este último caso su silencio no podría tomarse como retractación de lo acordado y no habría variación en su situación. Es más, la única manera que tienen, tanto el imputado para desdecirse del pacto por deseo en contrario, como él mismo o el propio Tribunal para desvirtuarlo por posibles vicios esenciales (como sería por ejemplo que se hubiera concluido con coacción o engaño) es mediante las declaraciones o manifestaciones que haga el interesado, por lo que entonces la garantía tampoco acarrea ventaja porque su intención en tal caso es justamente manifestarse ante sus juzgadores, **ya no sobre los hechos acusados**, sino sobre cuestiones relacionadas con la validez del pacto oportunamente alcanzado...” Así se ha resuelto reiteradamente, entre otros, en los votos 421-00, 422-00, 2289-00, 6966-00, 10334-00, en cuanto a los adultos y en el voto 10584-00 relativo a Ley de Justicia Penal Juvenil.

Coincidimos con la Sala Constitucional con que resulta un contrasentido advertirle al imputado de su derecho de abstenerse de declarar, si precisamente su admisión de los hechos le permite el acceso a ese instituto. Lo que sí nos parece trascendental es explicarle con amplitud el significado y alcances de dicho procedimiento, de los efectos y de que se está renunciando a una regla de garantía como lo es la demostración de su culpabilidad, mediante la recepción de la prueba en el plenario, con los principios de inmediación y contradicción, que obviamente contienen más garantías que la simple admisión del hecho como base principal para una eventual condenatoria.

c.4.- Derecho de abstenerse de declarar del imputado. Vigencia.

Siempre relacionado con la declaración del imputado y su derecho de abstenerse de deponer, la jurisprudencia ha sido sumamente clara en el sentido de que no es posible incorporar la declaración del imputado rendida en la fase de investigación, cuando se abstiene de declarar en el plenario (voto 329-F-92 de la Sala Tercera). Se ha estimado para ello que dicho derecho puede utilizarse en cualquier momento y que resultaría una contradicción el permitirle abstenerse de declarar en juicio, pero tener la posibilidad de la incorporación de declaraciones anteriores (voto 393-92 de la Sala Constitucional).

También es importante señalar que la autorización de incorporar declaraciones de imputados absueltos o rebeldes, que regula el artículo 334 del Código Procesal Penal, ha sido declarada como válida por la Sala Constitucional. Se ha argumentado sobre el particular: “...En este caso, no observa la Sala que el artículo 385 en la parte que interesa, por sí mismo o interpretado rectamente, se contradiga con el fundamento del artículo 36 Constitucional, recién expuesto, ya que se contempla la posibilidad de incorporar por lectura –en un juicio oral determinado- las declaraciones indagatorias de los coimputados absueltos condenados o prófugos, conceptos que excluyen evidentemente la posibilidad de su juzgamiento en el proceso donde pretende incorporarse sus declaraciones. Es a su vez entendido que será incorrecto emplear este mecanismo de incorporación para obtener elementos de juicio para perjudicar en alguna forma al declarante, no obstante, dicha hipótesis debería de analizarse y resolverse dentro del proceso seguido propiamente contra él, es decir, exista la posibilidad real y concreta de un infracción constitucional, por tratarse del juzgamiento del propio declarante...” (voto 04599-02 Sala Constitucional).

c.5.1.- Declaraciones sobre la actuación del agente encubierto.

Otro medio de prueba que ha sido rechazado por la jurisprudencia es la posibilidad de que el policía declare sobre las actuaciones del agente encubierto. Se ha estimado que en tales casos debe identificarse al agente encubierto y debe comparecer al juicio para poder aprovechar su conocimiento sobre el delito.

En tal sentido se ha pronunciado la Sala Tercera, entre otros, en los votos 398-97, 162-98, 583-98 y 855-00, al igual que la Sala Constitucional. Esta última ha dispuesto: «...El Tribunal no se encuentra obligado a hacer comparecer a la audiencia al informante o agente encubierto, por la misma naturaleza de su función, y en virtud del principio de libertad probatoria puede arribar a una decisión con base en otros elementos probatorios; no obstante su versión -la del agente encubierto o informante-, no puede ser introducida al debate por otros medios -a no ser que proceda incorporarla legítimamente por lectura-. Las versiones de la policía respecto del dicho de un agente encubierto no pueden ser utilizadas por el tribunal para emitir un juicio de valor, puesto que en ese caso sí se estaría violando el derecho de defensa, del contradictorio y de inmediación de la prueba, elementos integrantes del debido proceso; desde luego que lo anterior no conlleva a negarle validez al dicho del policía en relación con hechos que le consten personalmente aunque tengan relación con la actividad del agente o informante. Un ejemplo puede aclarar mejor la cuestión: al policía le estará vedado declarar sobre lo que le dijo el informante que ocurrió, pero si él vio al informante comprar, dirigirse a determinado lugar, comunicarse con determinadas personas, por ser hechos propios, es válido que informe sobre ello al tribunal y que este valore su dicho junto con las restantes pruebas recibidas válidamente...» (Sala Constitucional Voto 7079-M-97).

Nos parece muy atinada la jurisprudencia de ambas Salas, pues si se quiere aprovechar el conocimiento que tiene un agente encubierto, lo propio es que comparezca a juicio y se someta al contradictorio, para determinar la virtud de su conocimiento y, de esa forma, tener elementos de juicios para valorar luego la deposición. Con ello se le permitirá a las partes, sobre todo a la defensa, interrogar al deponente y someter a un escrutinio su dicho.

c.5.2.- Participación de un menor como agente encubierto.

También vinculado con ese tema, la jurisprudencia estima que constituye prueba ilícita la utilización de un menor como agente encubierto. Se ha indicado que "... Es ilegal que la policía utilice a un menor de edad para realizar una compra controlada de droga porque, además de que no es posible exponer a menores de edad a situaciones de tan alto riesgo, como un operativo policial, no

pueden colocarse en condiciones de alta vulnerabilidad frente al abuso ni exponerlos directamente -en forma controlada por la policía- al mundo de la adicción y el comercio de drogas, -independientemente de que sean menores adictos-, porque siguen siendo sujetos con derecho a una protección especial por parte del Estado, la que por supuesto no incluye su uso en operativos policiales, menos aún en la calidad y de la forma en que se da en este caso..." (Sala Tercera, voto 2002-000150).

Estamos del todo convencidos con la bondad de este fallo. Todos los esfuerzos realizados por el legislador y el aporte significativo de la doctrina nacional en materia de Derecho Penal Juvenil⁴⁴ son ignorados con la actuación irregular de la policía, como la que se describe en el caso citado. La verdad real, en forma alguna, puede ser más importante que los derechos de los menores, entre ellos la especial protección que les debe brindar el Estado frente al flagelo de la drogadicción.

c.6.- Las manifestaciones espontáneas.

Otro aspecto de interés, relacionado con los medios de prueba excluidos, lo constituye las manifestaciones espontáneas de imputados y la posibilidad de utilizar su contenido para justificar una decisión.

c.6.1. Manifestaciones extraprocesales ante la policía.

La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que las manifestaciones extraprocesales ante la policía, resultan prueba ilícita y no pueden ser aprovechadas. Así lo ha establecido la Sala Tercera en los votos: 1384-99, 47-01, 679-01 y 768-01. La razón

⁴⁴ Entre otras obras sobre el tema puede consultarse: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, DUNKEL, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, Servicio Alemán de Intercambio Académico, 2002. CAMPOS ZÚÑIGA, Mayra, VARGAS ROJAS, Omar. *La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica*. San José, 1999. TIFFER, Carlos, LLOBET, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, UNICEF, 1999. ARMIJO, Gilbert. *Enfoque procesal de la Ley Penal Juvenil*. San José, ILANUD, 1997. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y otros. *De la arbitrariedad a la Justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*. San José, UNICEF, 2000. CAMPOS, Mayra, CUBERO, Fernando. *La intervención del Ministerio Público en el proceso penal juvenil*. San José, Escuela Judicial, 1996.

fundamental es que la policía no está autorizada para recibir declaraciones a los imputados y cuando estos manifiesten su interés en deponer, debe ser trasladados ante el representante del Ministerio Público y advertírseles de su derecho de abstenerse de declarar y de contar con la asesoría de un profesional en derecho.

Aunque cabe reconocer que existen algunos casos en los cuales la Sala Tercera sí ha otorgado validez a declaraciones dadas por imputados ante la policía, estimando que se trata de manifestaciones espontáneas. Esto ocurrió en un caso donde la policía interrogó al imputado en dos oportunidades, en una investigación por homicidio, llevándolo incluso a las oficinas del Organismo de Investigación Judicial, donde éste admitió la comisión del delito. Se estimó que esas entrevistas formaban parte de las autorizaciones que concede la Ley Orgánica de la Policía Judicial, y que no se le tenía como imputado en ese momento. Que a partir de su aceptación de los hechos se suspendió la entrevista, pero él siguió llorando y narrando lo sucedido, lo que a juicio de la Sala es manifestación espontánea (voto 458-99 de la Sala Tercera).

Parece claro que en este caso al haberse detenido por segunda vez al imputado e igualmente trasladado a la sede policial, era evidente que se trataba de una persona sospechosa de haber cometido un delito y en tal sentido tenía derecho a un defensor y ser advertido del derecho de abstenerse de declarar. Por ello la revelación que hizo en cuanto a su autoría en el hecho no tenía valor. No obstante, como se dijo, la Sala estimó que se trataba de un caso de manifestación espontánea y el acusado fue condenado tomando en cuenta esa prueba espuria.

Hay otro caso en que también, a nuestro juicio, la Sala toma en cuenta manifestaciones de un imputado ante la policía judicial (voto 480-F-95 de la Sala Tercera). En esa oportunidad el imputado reveló a la policía la existencia de un testigo, que luego fue llevado a la audiencia oral y aportó información que sirvió de apoyo al fallo. La defensa reclamó la existencia de prueba espuria y la Sala rechazó el recurso, bajo el argumento que *"...El fallo que se examina no está fundamentado en el dicho policial de los encartados y si uno de ellos le mencionó a las autoridades su relación con una determinada persona, es legítimo recibirle declaración a esta última, pues aquella referencia no vicia la recepción de esta prueba, ya que se trata de un elemento de juicio autónomo, con eficacia probatoria propia, máxime que se refiere a extremos que fueron verificados por otros medios... Dicho de otra forma, si*

se estudia la cadena causal, no hay motivo alguno para afirmar que el testimonio de ... provenga de una violación de normas constitucionales...". En este caso es claro que aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, la existencia del testigo y su declaración resultan espurias pues provienen de la violación de derechos constitucionales, concretamente la obligación de advertir al imputado de su derecho de abstenerse de declarar, razón por la cual no debió ser tomada en cuenta. Por supuesto que estamos de acuerdo con el restante razonamiento que acoge la excepción de la fuente independiente.

c.6.2. Manifestaciones espontáneas ante terceros.

En lo que sí existe consenso es en que las manifestaciones espontáneas del imputado ante terceros, es decir, ante personas que no son autoridades, resultan válidas y pueden servir de base a una sentencia. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Tercera (votos 51-98 y 100-02), así como la Sala Constitucional (votos 2529-94 y 154-00). Estos fallos se apoyan en que al no existir una posición de superioridad del testigo sobre el imputado, como sí ocurre en relación con los policías, no puede estimarse que existe alguna razón para desconfiar de dichas manifestaciones.

En el último voto de la Sala Constitucional mencionado se indica: *"...El primero de los temas discutidos se relaciona con la supuesta infracción al artículo 36 de la Constitución Política, al tomar en cuenta el tribunal sentenciador las manifestaciones dadas por la compañera del imputado a otras personas particulares, las cuales fueron llamadas como testigos en el proceso. Para la Sala tal actuación del Tribunal no viola la protección establecida en el artículo 36 Constitucional porque se trata de actuaciones absolutamente espontáneas, frente a las cuales la persona involucrada (en este caso la compañera del imputado) tenía plena libertad de decisión en cuanto a si las emitía o se las reservaba frente a terceros. Lo que garantiza la norma es el derecho de abstención de los familiares en ella señalados, pero no la imposibilidad de que terceros puedan referirse a hechos, dichos o circunstancias en que esas personas participaron. En efecto, no existía ninguna conminación, explícita o implícita para que esta persona se sintiera compelida, o al menos presionada, para expresar lo que sabía sobre los hechos objeto de investigación, de modo que la garantía no opera en estos casos, en que su beneficiario decide*

libremente pronunciarse frente a terceras personas sin ninguna autoridad sobre ella, respecto de cuestiones relacionadas con el hecho delictuoso (voto 154-2000).

De acuerdo con lo anterior, puede el Tribunal de Juicio tomar en cuenta lo dicho por personas con derecho de abstención a terceros, cuando tales manifestaciones han sido producto exclusivo de su libre y espontánea voluntad y dadas ante quien no ostenta sobre ellas ningún tipo de autoridad.

Dentro de este tema también cobran importancia las manifestaciones de imputados o testigos con derecho de abstenerse de declarar ante peritos u otros funcionarios involucrados en la investigación de un hecho delictivo.

La jurisprudencia ha sido unánime en el sentido de que no son manifestaciones espontáneas las emitidas por el imputado o un testigo ante los sicólogos o psiquiatras forenses, pues dichas declaraciones las han rendido por remisión de una autoridad. De tal forma que si luego el examinado por el perito se abstiene de declarar en el juicio no puede incorporarse como pruebas esas manifestaciones. Así lo ha dispuesto la Sala Tercera, entre otros, en los votos: 297-98, 122-00, 826-00, 968-00 y 9-02. Sí se ha dejado claro que las apreciaciones técnicas dadas por el perito, que no dependan del aporte del testigo o del imputado, pueden ser aprovechadas como prueba válida.

Particular tratamiento han tenido las manifestaciones emitidas por las víctimas, con derecho de abstenerse de declarar, ante funcionarios estatales no relacionados con la investigación, como resultan ser los educadores o miembros del Patronato Nacional de la Infancia que reciben una denuncia normalmente vinculadas con temas relativos a delitos sexuales. Sobre el tema inicialmente se dio el mismo tratamiento que a los peritos oficiales (votos 297-98 y 458-98 de la Sala Tercera).

Luego la jurisprudencia cambió y estableció que esas manifestaciones sí podían ser aprovechadas por resultar prueba lícita. Se advirtió que resultaba un contrasentido obligar a estas personas a denunciar la comisión de un hecho delictivo, por la condición de funcionarios públicos que conocían de tal acontecimiento en el ejercicio de sus funciones (art. 281 inciso a del cpp) e incluso de poder incurrir en un delito si no lo hacían (art. 322 del Código Penal: favorecimiento personal) y a la vez no poder aprovechar el conocimiento brindado por las víctimas por su condición. Ese cambio de criterio de la Sala Tercera se aprecia en los votos: 122-00, 826-00, 968-00, 9-02, 442-02.

Por la importancia del tema resulta oportuno citar el último voto de la Sala Tercera "...la actividad llevada a cabo por el "PANI" no constituye, como lo estima el quejoso, un proceso paralelo de naturaleza judicial al que se desarrolló en su contra en la especie. Precisamente dentro de las tareas o funciones que le competen a esta institución, en especial frente a hechos como los que aquí se investigaron, está la necesidad de determinar cuál es la problemática en la que se encuentran los menores afectados a fin de tomar las medidas que se consideren necesarias. Se le dan amplias facultades a nivel administrativo para realizar todos aquellos estudios o investigaciones que permitan clarificar las particularidades del núcleo familiar del o de los menores afectados o en peligro, así como la situación individual de éstos. Por lo anterior, resulta común que en el expediente que se desarrolla en el ámbito administrativo se observen informes presentados por trabajadoras sociales o por psicólogas sobre los aspectos que se citan. Ahora bien, si de estos estudios o exámenes se logra determinar o establecer algún elemento de juicio importante para el esclarecimiento de los hechos, no existe impedimento legal alguno para que ellos se aporten y admitan como prueba en el expediente judicial, máxime que, como parte del proceso, el Patronato Nacional de la Infancia tiene las mismas facultades de los otros intervinientes que en él participan. El ofrecimiento de estas probanzas está dirigido no sólo a colaborar con la búsqueda de la verdad real, sino también a que a nivel judicial, de ser necesario, se tomen las acciones o medidas correspondientes en beneficio del menor. En todo caso, cabe recordar que en el proceso penal vigente rige el principio de libertad probatoria, de tal suerte que "Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio permitido, salvo prohibición expresa de la ley" (Art. 182 C.P.P.); prueba que por supuesto tiene que ser valorada conforme lo regulan las reglas de la sana crítica (Art. 184 ibídem). Asimismo, al tratarse de un procedimiento de orden administrativo, el que lleva a cabo el Patronato Nacional de la Infancia a nivel institucional, no existe, como lo considera el sentenciado en el escrito interpuesto, la obligación para los encargados o responsables del trámite de hacerle a los menores que se entrevistan o examinan la advertencia constitucional de abstenerse de declarar en contra de algún familiar, máxime que lo que éstos refieren lo hacen de manera espontánea. Sobre el tema, puede verse el Voto de esta Sala No. 122 de las 9:15

horas del 4 de febrero del año 2000, en donde queda claro la naturaleza de las manifestaciones rendidas ante funcionarios de instituciones que actúan a nivel extraprocesal y la validez de las mismas, aun cuando no se hayan realizado las advertencias sobre el derecho de abstención..." (voto 442-2002).

Nos parece que tiene sentido la diferenciación que se realiza cuando precisamente las personas buscan ayuda ante los funcionarios citados, pero no cuando empieza una investigación, aunque sea administrativa, y se interroga a esos terceros para obtener información y realizar la denuncia respectiva. En estos casos es evidente que las manifestaciones no son espontáneas y por ello no debería otorgársele valor alguno, cuando la persona luego hace uso de su derecho de abstenerse de declarar.

c.7.- El allanamiento.

El allanamiento también ha sido objeto de tratamiento. A raíz de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en relación con el Código de Procedimientos Penales, se fue estableciendo una serie de requisitos para realizar esta diligencia que perturba el derecho fundamental de intimidad de las personas, lo que luego pasó a ser legislación al promulgarse el Código Procesal Penal, que en buena parte representa los antecedentes de dicha Sala y de la Sala Tercera sobre la interpretación de los Derechos Fundamentales.

Se exigen como requisitos, que tienden a la protección de la intimidad, la obligación de describir el nombre y cargo del funcionario que autoriza la medida, la determinación del lugar que se registrará, el nombre de la autoridad que practicará el acto, cuando se delegue en el Ministerio Público o la Policía, el motivo del allanamiento y la hora y fecha en que debe practicarse el acto: art. 195 del cpp. También que el juez debe estar presente en el acto, la obligación de notificar a una persona mayor que se encuentre en el sitio, el deber de realizar el acto entre las seis y las dieciocho horas, etc.

Como se indicó, varios de esos requisitos obedecen a la interpretación jurisprudencial de la Sala Constitucional y la Sala Tercera. Así en primer término se estableció que para realizar el allanamiento era requisito indispensable una orden fundamentada, emitida por un juez, quien a la vez debía estar presente en la ejecución del acto (Sala Constitucional: 718-93), para proteger al máximo los derechos fundamentales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, se cuestionó la ausencia de un defensor en el allanamiento, alegándose la transgresión del artículo 294 de dicho cuerpo normativo. Sobre el particular tanto la Sala Constitucional (voto 2467-98), como la Sala Tercera (votos: 468-99, 1114-99, 142-00, 38-02), han estimado que no es requisito indispensable la presencia de un defensor en dichos actos, pues las garantías constitucionales están debidamente resguardadas con la presencia de un juez, lo que nos parece correcto.

Se ha resuelto sobre el particular "... Tal y como en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala ... en lo referente a la naturaleza y ejecución de un allanamiento, es el juez y no el defensor, el garante de que se respeten los derechos constitucionales de un acusado, lo que no obsta para que la autoridad jurisdiccional pueda nombrar un defensor que atienda los intereses en este tipo de actos, intervención que no se reputa necesaria o indispensable, pues ese no ha sido el interés del legislador, quien estimó que el juez es suficiente garantía y protección, y ello es así por cuanto el deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas y la transparencia en el desarrollo del proceso descansa en la figura del juez - sobre el particular ver votos números 468-99 de las 9:20 horas del 23 de abril de 1999 y 1114 de las 9:10 horas del 9 de setiembre del mismo año. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia..." (Sala Tercera, voto 38-2002).

Siempre sobre el tema de los allanamientos, la Sala Tercera (votos 193-98 y 468-99) y la Sala Constitucional (votos 5903-94 y 2776-96), han acordado que si bien es cierto no está contemplado en el ordenamiento jurídico, es posible que el registro se lleve a cabo sin orden de allanamiento, cuando lo consiente el morador, siendo claro que en tales supuestos ni siquiera podríamos entender que nos encontramos ante un allanamiento.

La posición de ambas Salas al respecto se refleja en el siguiente voto: "...El consentimiento no es mencionado en el Código Procesal como causa que exonere la exigencia del requisito de la previa orden del juez. Se le menciona en forma expresa únicamente cuando se trata de un supuesto de allanamiento de morada fuera del horario legalmente establecido -artículo 193 párrafo segundo- y como una de las causas que permiten excepcionarlo. Sin embargo, es amplia su aceptación por la doctrina y la jurisprudencia, dado que el allanamiento de morada pretende incursionar en el ámbito de intimidad de los moradores, esfera por completo

disponible por su titular, de modo que si se accede, no hay actuación coactiva o coercitiva del Estado, pues priva la autorización del particular; no se tratará entonces de un allanamiento sino de un ingreso consentido (véase Núñez, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Córdoba. Marcos Lerner Editores, segunda edición actualizada. 1986. p.204). Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional -entre otras, sentencias 5903-94 de 11:12 hrs. de 7 de octubre de 1994 y 2776-96 de 11:06 hrs. de 7 de junio de 1996- y de esta Sala, en especial la sentencia 0193-98 de 9:20 hrs. de 27 de febrero del año anterior..” (voto 468-99 de la Sala Tercera)..

Es claro que si la persona que habita la casa permite que la policía o el juez ingresen, no hace falta la orden de allanamiento pues no se está perturbando, en forma violenta, la intimidad de la persona y de todos es sabido que algunos derechos fundamentales son renunciables, es decir, no tienen un carácter absoluto.

También vinculado con el tema del allanamiento se encuentra el registro de vehículos. Reiteradamente la Sala Constitucional había establecido que la cabina de un vehículo automotor era equiparable a un recinto privado (votos 627-93, 3013-94 y 5790-96), lo que también fue acogido por la Sala Tercera (voto 124-00), entre otros.

Esta posición se resume en la siguiente decisión “...debe señalarse que la protección constitucional del domicilio del ciudadano, abarca los vehículos particulares, porque como lo ha establecido la Sala Constitucional: « los conceptos de «domicilio» y de «otro recinto privado» deben entenderse en sentido amplio, de acuerdo con un principio general sobre la aplicación de las normas relativas a la protección de los derechos fundamentales, por el cual, las disposiciones sobre su reconocimiento o sus garantías deben interpretarse en la forma más amplia posible, en armonía con las demás de un mismo instrumento o de otros de igual o mayor rango y, por el contrario, las excepciones y limitaciones deben interpretarse en forma restrictiva. Por ello, los vehículos privados se incluyen dentro del concepto de recinto privado a que alude el artículo 23 constitucional, pues, como en lenguaje común «recinto» significa espacio comprendido dentro de ciertos límites, no cabría distinguir si se trata de muebles o inmuebles. IV. Con el mismo criterio anterior, las excepciones al derecho de inviolabilidad del domicilio, deben interpretarse restrictivamente» (Nº 627-93, a las dieciséis horas tres minutos del ocho de febrero de mil

novecientos noventa y tres). El numeral 23 de la Constitución Política, consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como manifestación de la protección a la vida privada del ciudadano, y su intimidad personal y familiar...” (voto 124-00 de la Sala Tercera).

Posteriormente la Sala Constitucional varió el criterio, estimando que el registro de la cabina de un vehículo podía realizarlo un policía, sin orden de allanamiento ni presencia del juez, por así autorizarlo el artículo 190 del Código Procesal Penal. Esta posición se aprecia en los votos 7371-99 y 6582-00 de la Sala Constitucional, la que igualmente ha sido utilizada por la Sala Tercera en sus votos: 952-01, 983-01 y 392-02. En la última decisión expresa la Sala Tercera “...En cuanto a la inasistencia del Juez, basta señalar que:“... El artículo 190 del Código Procesal Penal establece los requisitos para el registro de vehículos, y la policía está dentro de los sujetos legitimados para practicarlo. La revisión de un vehículo no constituye un allanamiento, y no se requiere cumplir con las formalidades del mismo. La citada norma remite a las formalidades de la requisa, que tiene como uno de sus requisitos la presencia de un testigo no vinculado con la policía, pero no requiere de la presencia del juez, fiscal ni defensor..., ya que de conformidad con los artículos 198 y 199 del código de rito, la policía está plenamente facultada para realizar el secuestro de objetos que puedan servir como objetos de prueba en un proceso judicial...” (Cfr. Sala Tercera, resolución N° 983-01, de 16:45 horas del 5 de octubre de 2.001). Así las cosas, la forma de realizar la diligencia cuestionada se enmarca dentro de las facultades de investigación conferidas a la policía, que autorizan - entre otras cosas - asegurar elementos de prueba esenciales en torno al hecho punible, sin necesidad de contar con orden previa, escrita y fundada de juez competente, como extraña el gestionante. En consecuencia, no resultando espuria la prueba cuestionada, tampoco lo son los elementos probatorios obtenidos de ella..” (Sala Tercera).

El argumento utilizado por la Sala Tercera es similar al empleado por la Sala Constitucional para variar su criterio anterior, que estimaba que la cabina de un vehículo formaba parte de un recinto privado y por ello requería orden de allanamiento y presencia del juez para su registro. Se sostiene ahora que con la entrada en vigencia del Código Procesal, el artículo 190 autoriza a la policía para realizar dichas diligencias, pero ese razonamiento es de

orden legal y anteriormente se había tomado en cuenta la Constitución para exigir los requisitos del allanamiento (art. 23 C.pol.). Tal parece que, a fin de justificar este criterio, deberían agregarse otros motivos diferentes a la simple y llana existencia de una ley, pues con ésta no necesariamente vemos cumplida la constitucionalidad de esta prerrogativa.

c.8.- Intervención de las comunicaciones.

También en relación con la correcta utilización de los medios probatorios, se han establecido algunas exigencias relativas a la Ley de Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, Ley N° 7425, del 9 de agosto de 1994, reformada por la ley N° 8200, del 10 de diciembre del 2001 y la N° 8238 del 26 de marzo del 2002.

Debemos recordar que esta ley surge a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, que permitía la intervención de comunicaciones telefónicas (voto 1261-90 de la Sala Constitucional). Posteriormente la Asamblea Legislativa reformó el artículo 24 de la Constitución Política, para permitir las escuchas telefónicas, reservando a la Ley en qué casos se aplicaría. Esto generó la ley en cuestión y su posterior reforma para ampliar esta medida no sólo al secuestro extorsivo y los delitos previstos de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, incluyéndose ahora la corrupción agravada, el proxenetismo agravado, la fabricación o producción de pornografía, el tráfico de personas y tráfico de personas para comercializar sus órganos, el homicidio calificado, el genocidio y el terrorismo.

Sobre esta legislación la Sala Constitucional se mantiene firme en que la autorización para intervenir teléfonos corresponde al juez, quien debe dictar la resolución respectiva, debidamente fundamentada (voto 2460-01).

También es atinada la posición de la Sala Tercera (voto N° 267-01), al otorgar validez a la grabación que realice el particular sobre las comunicaciones telefónicas en las que participe y, en las mismas, sea destinatario o receptor de un mensaje que pueda constituir una conducta delictiva en su perjuicio, ello aún sin importar quién hizo la llamada. Es claro que en estos casos no se estará afectando la intimidad de la otra persona que interviene en

la comunicación, pues el titular del derecho es precisamente quien decide obtener grabaciones sobre la perturbación que recibe de su intimidad por terceras personas. La situación es similar al consentimiento del morador para que se registre su casa.

Los argumentos utilizados por la Sala Tercera, que compartimos, son *"...a lo largo de todo el fallo se desarrolla el problema de la interpretación del párrafo segundo del artículo 29 de la Ley 7425 y se concluye que el legislador dispuso que quien es destinatario de una comunicación puede válidamente registrarla y ofrecerla como prueba de que mediante el acto comunicativo se comete un delito. Esa norma tiene su razón de ser en el tanto permite a la víctima hacerse de elementos probatorios para demostrar una conducta que, de no permitírsele el registro de la comunicación, muy difícilmente podría probarse de otra manera, lo cual podría generar impunidad abusando del ejercicio de un derecho como el de la inviolabilidad de las comunicaciones ... lo prohibido constitucional y legalmente es que el Estado o un tercero intervenga comunicaciones de otros, no el registro de aquellas en que uno participe ... las normas de comentario autorizan a una persona a registrar las conversaciones en que ella participe y ofrecer los registros como prueba para demostrar que es víctima de un hecho punible cometido por medio del mensaje, cuando figuraba como destinatario del mismo en el proceso comunicativo. Así las cosas, es irrelevante para los efectos de esos numerales el determinar quién efectuó la llamada telefónica, ya que eso sólo sirve para demostrar quién tuvo la iniciativa para escoger la forma de comunicarse y no, como lo pretende acreditar la defensa de ..., para decidir quién es emisor o destinatario de una comunicación. Por lo anterior, carece de importancia saber si él la llamó o si ella fue quien lo contactó ..."*.

También relacionado con este tema es importante señalar que la Sala Constitucional, en un inicio, señaló que a los listados de beepers (sistema mediante el cual queda asentada una comunicación, donde media la intervención de un operador), no le eran aplicables los principios que recoge el artículo 9 de la Ley N° 7425, sino más bien las reglas que fija el artículo 2 para los documentos. Es más, en lo que a este tema se refiere ha existido *"... una controversia, pero en el seno mismo de la Sala Constitucional y luego entre ésta y la Sala Tercera, en relación con los listados de llamadas y mensajes en beeper en el sentido de si es posible interceptarlos como cualquier documento privado para cualquier delito, o*

son comunicación, y, por ende, la medida sólo procede para los delitos de secuestro y narcotráfico ...»⁴⁵.

En este orden de cosas, tenemos que en el voto N° 4454-95, la Sala Constitucional mantuvo la tesis de que estos registros comparten todas las características de un documento, por lo que a los mismos les resulta aplicable el numeral 2 de la citada Ley, es decir, su secuestro puede ser ordenado por el juez para investigar cualquier conducta delictiva. Esta postura sufre un vuelco, pues en el voto N° 3444-97, la mayoría (con voto salvado del magistrado Solano Carrera) razonó que si bien el referido listado constituía un documento, éste mantenía la particularidad de que asentaba una comunicación privada que se encuentra protegida por el artículo 9 ibidem, esto es, que -entonces- ese listado sólo podría secuestrarse por orden judicial, en aquellos supuestos en los que se investiguen los delitos de narcotráfico y secuestro extorsivo (ahora, con la reforma que se mencionó, ampliado a la persecución de otros delitos).

De nuevo esta tesis se varió, no sólo regresando a la original (del voto N° 4454-95), sino que, incluso, se fue más allá, pues en el pronunciamiento N° 7239-98 no sólo se admitió que el listado de beepers se regulaba por el artículo 2 citado, sino que, además, se acepta su secuestro aún tratándose de una simple investigación administrativa tendiente a establecer una responsabilidad disciplinaria de un funcionario judicial.

Estimamos que esta última posición no resulta acorde con un sistema democrático de Derecho, por cuanto se aprecia como desproporcional y excesivo que se sacrifique el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones en aras de establecer una simple responsabilidad disciplinaria para efectos laborales.

Aquí también se hace una distinción entre una intervención propiamente dicha, en la que hay imposición del contenido de la comunicación, y el simple rastreo, donde sólo se conoce la identidad de los intervinientes o destinatarios de la comunicación, sin conocerse el contenido de ésta. En cuanto a este tema, la Sala Tercera ha establecido en el voto 698-01 lo siguiente: «... Lo incorporado no son las llamadas telefónicas, sino su enumeración. En

⁴⁵ Chinchilla Calderón (Rosaura), «LEY SOBRE REGISTRO, SECUESTRO Y EXAMEN DE DOCUMENTOS PRIVADOS, E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES», editado por Investigaciones Jurídicas S.A., San José. 1ª edición, 2000. Página 12.

ningún momento se violentó la privacidad de las comunicaciones, lo cual ciertamente se habría opuesto a la garantía constitucional y a los preceptos de la Ley de Intervención de las Comunicaciones. El contenido de ellas permaneció intacto y no fue vulnerado. Lo que se tomó en consideración fue el origen, destino, hora y fecha de las llamadas, no su contenido, como reconoce el propio recurrente en el motivo siguiente. En tanto es así, no se transgredió (sic) el ámbito de intimidad de los interesados ...», con lo cual también se hace la distinción entre el simple rastreo (sin imposición del contenido de la comunicación) y la intervención propiamente dicha.

2.- PROHIBICIONES DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Dado que en algunos casos no ha bastado las prohibiciones de utilización de medios probatorios, también existe protección contra la prueba ilícita a través de la imposibilidad de utilizar esta prueba para justificar un fallo.

Sobre el particular se han elaborado tres posiciones básicas que han sido estudiadas en nuestro medio por ARMIJO SANCHO,⁴⁶ CORTÉS COTO y otro⁴⁷, y DOBLES OVARES⁴⁸.

A.- La doctrina tradicional.

Esta fue desarrollada por el juez Cardozo (U.S.A.), y consistía en que debía admitirse y valorarse la prueba espuria con fundamento en el interés superior de la colectividad en que no quedara sin castigo una conducta delictiva por un formalismo procesal.

Se afirmaba que en estos casos el castigo debía recaer sobre el particular o el funcionario público (policía), que había infringido el ordenamiento.

B.- Doctrina del fruto del árbol envenenado.

Se relaciona con las decisiones del Juez Holmes y la Corte Warren en Estados Unidos de América. Esta posición señala que constituye prueba espuria (y por ello excluida del proceso) no sólo

⁴⁶ Armijo Sancho, Gilbert, op. cit. pp. 207 a 210.

⁴⁷ Cortés, op. cit.

⁴⁸ Ibid, página.

la que corresponde a la violación directa e inmediata de normas constitucionales, sino también el fruto de esa trasgresión⁴⁹, es decir, correrá la misma suerte la prueba refleja o derivada de esa violación a garantías reconocidas en la Carta Fundamental.

Por ejemplo, no podría utilizarse como prueba el decomiso de una droga producto de una detención ilegítima, aunque (aisladamente considerado) en el mismo no se haya incurrido en vicio alguno y, por ello, como tal pudiera estimarse como válido y legítimo.

C.- La doctrina Intermedia.

Sostiene que no puede asumirse exactamente una de las dos posiciones referidas. Indican que debe revisarse caso por caso, tomando en cuenta diversos factores para establecer si la violación es tan grave que amerita el rechazo de la prueba.

En Costa Rica se han emitido algunos pronunciamientos de la Sala Constitucional que parecen acoger esta teoría. Se señala que hay que distinguir entre la prueba ilegítima por violar principios constitucionales y la prueba legítima que carece de algunos requisitos de validez. En tal sentido Sala Constitucional ha resuelto: "... Este Tribunal determinó en la sentencia 04636-97 de las dieciséis horas doce minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y siete lo siguiente: «Con relación al principio de legitimidad de la prueba debe realizarse una distinción importante. Conforme señaló esta Sala en la resolución 0556-91 de las catorce horas diez minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y uno: «Ha de diferenciarse entre la prueba que es ilegítima en sí misma por ser contraria a los principios constitucionales -como es el caso de la confesión por medio de tortura- y la que aún cuando en sí misma considerada es un medio de prueba legítimo -un decomiso practicado por autoridad competente- no reúne los requisitos formales de validez, por ejemplo, la falta de la firma en la respectiva acta de decomiso de uno de los testigos de actuación. En este último caso sólo habría violación al debido proceso si con ello se causara indefensión al acusado, de lo contrario, sería un aspecto de mera legalidad que debe ser aducido en el momento procesal oportuno...» (voto 08591-98, 15:30 horas del 1/12/1998. En igual sentido 1192-99).

⁴⁹ Consúltese supra, página 4.

3.- Efectos de la prueba ilícita en Costa Rica

A.- Efectos de la prueba ilícita.

Como se indicó oportunamente en nuestro medio, con las excepciones ya citadas, se ha estimado que la prueba directamente ilícita no tiene valor, es decir, no puede ser utilizada para fundamentar una decisión. En este punto parece no existir mayor discusión.

Así lo han dispuesto la Sala Constitucional, entre otros, en los votos: 1739-92, 1422-94, 2529-94, 5347-98, 522-99, 523-99, 2605-99, 9127-01, 9373-01. Lo propio ocurre con la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: votos 121-F-92, 137-F-92, 298-F-95, 614-95 y el Tribunal de Casación Penal (voto 422-00).

Esta posición es acorde con los principios constitucionales y la exclusión que ahora regula expresamente el Código Procesal Penal. Hay consenso en el sentido de que la averiguación de la verdad real o material no autoriza el valerse de medios probatorios ilegítimos y que cuando ello ocurra no debe otorgarse valor al apreciar la prueba. La utilización de prueba espuria implica ausencia de fundamentación, lo que autoriza el recurso de casación para gestionar su declaratoria (artículo 369 inciso d del cpp).

Es importante insistir en que en nuestro medio se niega todo valor a la prueba espuria, a menos que favorezca al imputado, tesis defendida por MAIER y que ha sido acogida por la Sala Constitucional en un reciente voto (6511-02), cuyos fundamentos se desconocen por no estar redactado a la fecha del presente trabajo.

B.- Efecto de la prueba derivada de la ilícita.

De gran valor resulta el trabajo de DOBLES OVARES sobre el particular⁵⁰, quien ya había destacado la ausencia de una posición clara sobre el tema en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y en menor medida de la Sala Tercera.

⁵⁰ Dobles Ovarés (Victor Alfonso), "LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL", "Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal", San José. Editado por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. 2ª edición actualizada, abril de 1997. Páginas 909 a 920.

En algunos casos la Sala Constitucional ha aplicado la teoría del fruto del árbol envenenado, es decir, rechaza la posibilidad de utilizar prueba que deriva de una violación a derechos fundamentales. Esto se aprecia, entre otros, en los votos: 540-91, 522-99, 4526-00. En similar sentido la Sala Tercera ha acogido este criterio en los votos: 407-F-94, 456-F-94 y 291-02.

En otras ocasiones se ha acudido a la excepción de la fuente independiente. Se indica que, a pesar de la existencia de prueba ilícita o espuria, no se declara la invalidez del acto si se cuenta con otros elementos probatorios ajenos a dicha ilicitud que sirven de sustento a la decisión. Esta excepción se aprecia en los votos de la Sala Constitucional: 1739-92, 2529-94, 3306-94, 522-99, 1192-99, 2834-00, 4526-00, 9127-01, 9373-01 y también en resoluciones de la Sala Tercera: 456-F-94, 819-98, 1125-00, 180-00, 212-02 y 291-02, entre otros.

Otra de las excepciones tomadas en cuenta es el descubrimiento inevitable, es decir, que aún cuando la prueba provenga de una infracción a derechos fundamentales, no tiene interés declarar su invalidez si inevitablemente la investigación estaba dirigida de tal forma que dicha prueba iba a ser obtenida siempre por medios lícitos. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Tercera en votos 125-01 y 514-02. En el primer caso se trata de una causa en que la policía descubrió la existencia de droga en una maleta del imputado y le solicitó la llave a este para abrirla. Luego se reclamó que la apertura del bien era ilícito, pero la Sala señaló que inevitablemente se iba a descubrir la existencia de la droga, aún abriendo la maleta por la fuerza, cuando se presentara el juez a la escena.

Finalmente se ha utilizado las teorías de la supresión o la inclusión hipotética para determinar si la inclusión de prueba ilícita o el rechazo de prueba o preterición de prueba tiene algún efecto sobre lo resuelto. Se examina si la eliminación o inclusión de prueba puede variar la decisión, con lo cual también se verifica la esencialidad del vicio. Esta posición ha sido adoptada por la Sala Constitucional en sus fallos: 1739-92, 3306-94, 5100-95, 2834-00; por la Sala Tercera en los votos: 53-F-92, 47-F-92, 456-F-94 y 171-F-95 y el Tribunal de Casación Penal en voto 66-F-99, entre otros.

En el voto sobre el debido proceso, el 1739-92, la Sala Constitucional resume los alcances de esta figura al señalar: "...esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos 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 parece no haber ninguna discusión—, se suprime del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no legítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien de matiz y del grado atribuidos a dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordena por el artículo 13 de su Ley — en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias No. 802-90, No. 1298-90, No. 1345-90, No. 1417-90, No. 1855-90, No. 280-91, 556-91, No. 701-91, No. 885-91, No. 1409-91 y No. 1578-91, entre otras muchas...".

Esto tiene relación con la reiterada jurisprudencia de la Salas Constitucional y Tercera, en cuanto a que no procede la declaratoria de nulidad por la nulidad misma. No procede la declaratoria de invalidez si el fallo subsiste con fundamento en otros elementos de prueba válidos, es decir, obtenidos por los medios legalmente establecidos.

CONCLUSIONES

No existe un acuerdo absoluto a nivel doctrinario ni jurisprudencial sobre el tema de la prueba espuria, sobre todo la derivada de una infracción constitucional (prueba refleja). Conforme se constató en el curso del trabajo, se han desarrollado varias teorías, a las cuales -sobre la marcha- se les incluyeron ajustes en forma de excepciones, que vendrían a limitar sus efectos, las que han obedecido a cuestiones particulares del caso concreto y luego, de ahí, se extraen principios generales.

No hay discusión sobre el rechazo de la prueba espuria por violación *directa* a derechos fundamentales, mediando acuerdo en nuestro medio tanto por las Salas Constitucional y la Tercera, así como por el Tribunal de Casación Penal. Donde sí se han presentado problemas es a nivel de la prueba derivada (refleja o indirecta) de una violación constitucional. En algunos casos se ha aplicado la teoría del fruto del árbol envenenado y en otros se ha atenuado dicha posición a través de las excepciones de la fuente independiente y el descubrimiento inevitable, rechazándose otras creadas por la jurisprudencia norteamericana, como la excepción de la buena fe o la excepción del standing.

Conforme al destacado tratamiento de las nulidades y - hoy- de la actividad procesal defectuosa, se ha incrementado la teoría de la supresión y la inclusión hipotéticas, como uno de los medios para determinar el efecto de la prueba espuria, es decir, para establecer si se afecta o no la decisión con la exclusión de dichos elementos de convicción, obtenidos a través del irrespeto de los medios probatorios fijados por la legislación procesal.

En el estudio se ha descrito y analizado el tratamiento que ha dado la jurisprudencia a algunos medios de prueba en particular, destacando aspectos de ilicitud, y externando nuestra opinión sobre el particular. Esperamos que de alguna forma contribuya a un tema tan escabroso e importante a la hora de resolver los asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales.

La teoría de la supresión hipotética ha sido adoptada por la Sala Constitucional en sus fallos: 1739-92, 3306-94, 5100-95, 2834-00; por la Sala Tercera en los fallos: 52-F-92, 47-F-92, 456-F-94 y 171-F-95 y el Tribunal de Casación Penal en voto 06-F-90, entre otros.

En el voto sobre el artículo propuesto, el 1739-92, la Sala Constitucional resume los alcances de esta figura al señalar: "... esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba

BIBLIOGRAFÍA

- ARMIGO SANCHO, Gilbert Antonio. **Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal**. San José, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1ª. edición, 1997.
- ASENCIO MELLADO, José María. **Prueba prohibida y prueba preconstituida**. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1989.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- CARROCA PÉREZ (Alex), "Garantía Constitucional De La Defensa Procesal", editorial Bosch, Barcelona. 1ª edición, 1988.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). **La excepción de la verdad en los delitos contra el honor**. San José, Costa Rica, editorial Paliestra, 1988.
- CORTÉS COTO (Ronald), y PEREIRA PÉREZ (José María), "La Prueba Ilícita o Espuria en la Doctrina, la Jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación Penal", editado por la Escuela Judicial, San José. 1ª edición, 1995.
- DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **Lógica de las pruebas en materia criminal**. Bogotá, cuarta edición. Traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, 1988.
- DOBLES OVARES, Víctor Alfonso. **La regulación de la prueba ilícitamente obtenida en el nuevo Código Procesal Penal**. En Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, 2da. Edición, abril de 1997, pp. 909-920.
- DOHRING, Erich. **La prueba. Su práctica y apreciación**. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción de Tomás A. Banzhaf, 1972.

ESTRELLA RUIZ, Manuel. **Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.** En **Medidas restrictivas de derechos fundamentales** publicado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1ª edición, mayo de 1996.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales.** Bogotá, Editorial Temis, 2da. Edición, traducción de Jorge Guerrero, 1976.

GARCÍA MARTÍNEZ (Miguel), "**Rol Del Ministerio Público En La Protección De Las Garantías Y En La Eficacia De A Investigación Del Delito**", Editorial Jurídica Continental, San José. 1ª edición, mayo del 2002.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel y MORA MORA, Luis Paulino. **La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina.** En Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 4, NO. 5, marzo-junio 1992, pp. 53 a 65.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel y otros. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal.** San José, Colegio de Abogados y Asociación de Ciencias Penales, 2da. Edición, 1987.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. **La prueba en los procesos penales centroamericanos.** En revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 12, No. 17, marzo, 2000, pp. 115 a 133.

GORPHE, Francois. **La apreciación judicial de las pruebas.** Buenos Aires, La Ley, Traducción de Delia García Daireaux, 1967.

HUERTAS MARÍN (M^a. Isabel), "**El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba**", editorial J.M. Bosh, Barcelona. 1ª edición, 1999.

LAFAVE (Wayne R.), E ISRAEL (Jerold H.), "**Criminal Procedure**", Hornbook Series, Student edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Proceso Penal Comentado.** San José, Editorial UCI, 1998.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Proceso Penal en la Jurisprudencia.** San José, Editorial Jurídica Continental, 2001.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (TOMÁS), "**Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal**", editorial Colex, Madrid 1ª edición, 1991.

MIER, Julio. **Derecho Procesal Penal, Fundamentos.** Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2a. edición, 1996.

MINVIELLE (BERNARDETTE), "**La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal**", Editora Córdoba de Marcos Lerner, Córdoba, Argentina. 1ª edición.

PORRAS GONZÁLEZ, Alberto. **Principios Fundamentales en materia de prueba.** En Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, 2da. Edición, abril de 1997, pp. 867-907.

SÁENZ ELIZONDO, María Antonieta. **La prueba ilícita en el proceso penal.** En revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 4, No. 6, diciembre, 1992, pp. 36 a 46.

SALAZAR MURILLO, Ronald. **Intervenciones Corporales y Tutela de los Derechos Fundamentales.** San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 1ª edición, agosto del año 2000.

VELASCO NÚÑEZ (ELOY), "**Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del "Fruto del árbol envenenado": Correcciones actuales y tendencias de futuro**", en el libro "**Medidas Restrictivas De Derechos Fundamentales**", publicado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España. 1ª edición, mayo de 1996.

INDICE

Introducción	5
I.- Concepto de Prueba Ilícita.	7
II.- El Origen de la Doctrina del Fruto del Arbol Envenenado: El Common Law	9
III.- Prohibiciones probatorias	19
1.- Prohibiciones de obtención de prueba	21
A.- Prohibición por el objeto de la prueba	21
B.- Métodos de investigación proscritos	22
b.1.- Aspectos generales	23
b.2.- El imputado como sujeto y como objeto de prueba	23
C.- Prohibición de utilizar medios de prueba en casos particulares	27
c.1.- Protección de la familia y derecho de abstenerse de declarar	27
c.2.- Derechos del testigo sospechoso	28
c.3.- El derecho de abstenerse de declarar y el procedimiento abreviado	29
c.4.- Derecho de abstenerse de declarar del imputado. Vigencia	31
c.5.1.- Declaraciones sobre la actuación del agente encubierto	31
c.5.2.- Participación de un menor como agente encubierto	32
c.6.- Las manifestaciones espontáneas	33
c.6.1. Manifestaciones extraprocesales ante la policía	33
c.6.2. Manifestaciones espontáneas ante terceros	35
c.7.- El allanamiento	38
c.8.- Intervención de las comunicaciones	42
2.- Prohibiciones de valoración de la prueba	45
A.- La doctrina tradicional	45
B.- Doctrina del fruto del árbol envenenado	45
C.- La doctrina Intermedia	46
3.- Efectos de la prueba ilícita en Costa Rica	47
A.- Efectos de la prueba ilícita	47
B.- Efecto de la prueba derivada de la ilícita	47
Conclusiones	50
Bibliografía	51