

# LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL

*Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo*  
Profesora Asociada Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

## Introducción

La constante preocupación por la forma en que algunas causas penales se resuelven aún a contrapelo, de las normas establecidas por el proceso penal y en especial, en lo relativo a la formación y aplicación de las normas y principios en materia de prueba, nos ha motivado aunque en un muy corto espacio, ya que hay material abundante sobre el tema, a hacer un estudio tanto desde el punto de vista sistemático como de **praxis**, a fin de exponer en forma sucinta los casos en que estamos frente a la prueba ilícita, las opiniones que en doctrina y la jurisprudencia nacional hemos encontrado, así como nuestro propio punto de vista.

El tema resulta no sólo de gran utilidad sino apasionante, especialmente porque mediante el contacto diario con el proceso penal, podemos detectar una y mil situaciones que no siempre son analizadas en la doctrina o captadas por la jurisprudencia, pero repetimos, lo escaso del espacio, nos lleva a sintetizar el plano de esta exposición.

## I. GENERALIDADES.

El examen del proceso penal, desde el punto de vista de un instrumento idóneo para la realización de la justicia en un sentido plena sea: tanto para el imputado como para la Sociedad que reclame a través de la figura del Ministerio Público, requiere indispensablemente ser enfocado no sólo desde su idoneidad técnica para lograr ese fin, sino del buen manejo que las partes y el órgano jurisdiccional hagan del mismo mediante la adecuada intervención conforme a una **fenomenología del acontecer procesal**, en relación indisoluble con las reglas del debido proceso, en lo relativo a la

problemática de la prueba, toda vez que ella será quien, dada su **calidad**, determine contra quién, el juez inclinará la balanza y "empuñe la espada"<sup>1</sup>

De ahí que la prueba debe ser no sólo válida y efectiva sino que debe generarse conforme a la ley y las debidas garantías del imputado.

El asunto pues, merece especial atención en lo que a **prueba ilegítima** se refiere puesto que dentro de esta óptica son muchas las injusticias que pueden cometerse.

Encontramos dos formas para determinar cuándo estamos frente a la prueba ilícita:

- a- La prueba ilegítima por disposición legal;
- b- la prueba ilegítima así considerada por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

## II. CONCEPTO:

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo.

Una definición más precisa habla no de **prueba ilícita**, sino de **prueba obtenida por medios ilícitos**.

La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de **medio de prueba prohibido** que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho dedu-

1. Ver FAZZALARI (E), *Istituzioni di diritto processuale*, Padua 1975, pp. 167. El A., haciendo uso de una forma muy gráfica, expresa una idea sentida por todos (pero rara vez, exteriorizada) y es que necesariamente después de la cognición, es inevitable que el Juez abandone su imparcialidad para tomar partido y sentar responsabilidad en quien corresponde. En consecuencia, en el dispositivo, el juez se parcializa.

cido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar<sup>2</sup>.

La problemática al respecto pareciera partir como hemos enunciado, sea de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma.

Ahora bien, la característica de **ilícita** puede además, obedecer la **formación** de la prueba o su **utilización**.<sup>3</sup> La consecuencia directa que resulta es la **inadmisibilidad** de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático<sup>4</sup>.

Sabemos por otro lado, que dentro de cualquier sistema de pruebas las mismas pueden ser **orales o escritas, materiales y científicas, directa y mediata**. De todas ellas heremos una breve reseña.

### III. EXAMEN DE LAS PRUEBAS ILICITAS

Los criterios de determinación de las pruebas ilícitas, varían de país a país según se presenten los sistemas procesales adoptados y de acuerdo al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Creemos en todo caso, que es a través de la doctrina y la jurisprudencia, que el sistema se agiliza y se acerca más a esa fenomenología propia de cada situación y conforme a una visión más cercana a las reglas del debido proceso. De ahí que el aporte de los estudiosos del Derecho, dentro de los cuales obviamente, incluimos a los jueces, sea de gran importancia, sobre todo porque en tratándose de los órganos jurisdiccionales, éstos tendrán la ocasión de aplicar directamente, sus posiciones<sup>5</sup>.

#### A. De los motivos de ilicitud

1- Las pruebas ilícitas que se regulan mediante la ley.

Todos sabemos que desde el ámbito netamente de la ley procesal, la primera limitación de una prueba está determinada por la **admisibilidad** o no de la misma. Sea que la primera prohibición para utilizar la prueba es la **inadmisibilidad**. De modo que de este requisito podemos derivar las siguientes situaciones:

a- En el caso de los **testigos**: la inadmisibilidad puede obedecer a vínculos de parentesco o afinidad, vínculos jurídicos sutanciales o procesales o a limitaciones a la hora del interrogatorio.

b- En cuanto al **imputado**: la forma de realizar el interrogatorio se vuelve esencial pues debe conformarse al respecto más estricto de las modalidades para ello establecidas.

c- Por prohibición de obtener prueba documental sin observar las formas debidas.

d- Por prohibición de practicar pericias acudiendo a ciertas personas o valorando ciertos objetos.

e- Por práctica de actos tendientes a preconstituir prueba de manera irregular.

f- Por reconocimientos practicados sin observar las reglas establecidas para su realización.

Para aclarar:

a- **En lo referente al testigo**: Se dan dos elementos de importancia en la selección del carácter ilícito: los que corresponden a la **capacidad** y los de **inadmisibilidad** los cuales como ya se indicó, tienen que ver con el status familiar del testigo frente al imputado. Así encontramos en nuestro Código de Procedimientos Penales en los artículos 227 y 228 la referencia al principio contenido en el artículo 36 de nuestra Constitución Política, sobre la necesidad de **advertir** a las personas que se encuentran en la relación de parentesco ahí establecida, que no están obligados a declarar en **contra** del acusado. Esto porque se trata de evitar que la respuesta puede resultar perjudicial de forma directa ya sea moral o materialmente al núcleo familiar más cercano.

Al respecto, tenemos que establecer que no en todos los casos rige esta prohibición pues de conformidad con el artículo 228 encontramos que la prohibición exceptúa el caso del denunciante querellante, el actor civil o, cuando el delito sea cometido en perjuicio de un pariente de igual grado o más próximo (parentesco, desde luego, referido a los casos citados en el 227 y 228). Situación que nos parece totalmente contradictoria, pues los intereses tutelados no cambian si la posición procesal cambie.

La interpretación de estas normas, nos lleva a

2. Ver al respecto, NUVOLONE (P), "Le prove vitate nel processo penale nei paesi di diritto latino", en *Riv. Dir. Proc.* V. XXI (II SERIE) 1966, P. 443-448. En cuanto a la segunda definición ver, VIGORITI (V), "Prove illecite e Costituzione" en *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 64, nota 2.

3. *Idem*.

4. Aquí el juez debe escoger entre el carácter decisivo de esa prueba y el respeto del acusado-culpable. VIGORITI (V), *op. cit.* p. 66.

5. Sobre el tema de la fecunda labor que puede realizar un juez en el mejoramiento y adecuación del derecho a la justicia. Ver, LAZZARO (G), "La funzione del giudice", *Riv. Dir. Proc.*, XXVI (II serie) 1971, p. 155. El autor define al juez como un creador de derecho siempre que debidamente capacitado, confiera al sistema de leyes, interpretaciones claras y coherentes.

pensar que el derecho de abstención puede renunciarse<sup>6</sup> y que la prevención en los casos regulados por el artículo 228 no es necesario hacerla.

El contrasentido de esta normativa viene eliminado por nuestra jurisprudencia mediante una resolución de la Sala Tercera en los siguientes términos:

*"El art. 36 Constitucional lo que consagra es un derecho a la abstención de un acto procesal y como tal es ejercitable en cualquier etapa del proceso, y desde luego no es renunciable en forma absoluta. Es decir, que el hecho de denunciar un supuesto ilícito no implica para el sujeto el deber de declarar como lo señala el art. 228 del C.P.P. Siempre y cada vez que sea necesario declarar, el pariente en los grados indicados en el art. 36 de la C.P. puede abstenerse de hacerlo sin que ello le implique responsabilidad de ninguna índole, y sin que el Tribunal pueda incorporar a la etapa del debate su declaración previa, puesto que no se está en los casos de excepción del art. 384 del C.P.P."*<sup>7</sup>

El punto además, viene resuelto en la Sala Constitucional (Sala 4<sup>a</sup>) de manera semejante:

*"En juicio en que se hubiera procedido a incorporar el debate la declaración de los familiares en los grados del art. 36 de la C.P. o que no obstante, haberse abstenido a declarar en el mismo hubieran sido obligados a rendir deposición, tiene derecho a que se revisen sus casos conforme al art. 42 de la C.P., y de resultar necesario, a que se celebre nuevo debate en el que se advierta a las personas involucradas sobre el derecho de abstención y se respete plenamente el ejercicio del mismo"*<sup>8</sup>.

En cuanto a la incorporación de la prueba en el debate sin reiterar la prevención al pariente, la jurisprudencia nacional se pronunció siempre favorable; alegando que si el testigo había declarado en la instrucción, eso significaba que había renunciado al derecho de abstenerse<sup>9</sup>.

En la práctica con frecuencia sucede que el interrogado al hacérsele la prevención, se confunde y aunque esté dispuesto a declarar, se abstiene. Creemos que esto obedece a que la prevención no se plantee en forma clara; tomando en cuenta el nivel socio-cultural de la gran mayoría de testigos o su escasa experiencia en el "mundo de los procesos", lo que no les permite comprender los términos jurídicos con que formula. Una buena práctica -y de hecho, algunos jueces lo hacen, (aunque pocos)- sería adecuar el lenguaje de manera que pueda ser bien interpretada. Esta obser-

vación creemos que debe ser tomada en cuenta específicamente, en los casos en que el testigo se presente como testigo de descargo caso en el cual por una errónea interpretación se atemorize al oír que "puede abstenerse pues no está obligado a declarar en contra", pues teme incurrir en un ilícito y entonces prefiere guardar silencio y el efecto inmediato, es que el imputado se queda sin prueba cuando son sólo parientes de esa categoría o cuando es sólo uno el testigo pariente y no depone.

Por la forma expresa en que se regula la prohibición para abstenerse la prueba testimonial realizada sin hacer la debida prevención, podemos clasificarla entre aquellos que la ley regula la ilicitud de la prueba.

Por otro lado, la **inadmisibilidad** del testimonio a nivel procesal o sustancial, tiene que ver con condiciones que de alguna manera ligán a los testigos con los hechos que se investigan en un determinado proceso. Así el artículo 234 del Código de Procedimientos Penales en su párrafo 1<sup>o</sup> dice que los testigos serán juramentados excepto

*"...los menores de diecisiete años y los (testigos) que en un primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga u otro conexo."*

Observemos que ello sucede dentro del campo puramente procesal y en defensa de la objetividad que se impone en la prueba testimonial atendiendo la situación concreta del testigo con la causa.

Es evidente que ante todo, se tutela al testigo

6. Cas. Sala Tercera, no. 226-12 Nov. 1985. Se refiere a la renuncia hecha por la esposa del imputado.  
Cas. Sala Tercera, No. 291-12 Dic, 1986. Sostiene que la concubina no está dentro del 227, por eso no debe ser prevenida. Aquí la cuestión creo que merece un poco más de pensamiento pues la condición de la conviviente, dependiendo de la relación; si es estable o no, con el imputado, podría gozar de este derecho. Ello tomando en cuenta además, que lo que cuenta es el compromiso moral de la misma (dados los lazos afectivos) y el temor de perjudicar al acusado con su declaración. Situación que parece ser igual si el vínculo en lugar de ser de hecho es de derecho. Desde luego, que la determinación del juez en estos casos debe ser discrecional: acudiendo, a la información que arroja la declaración sobre la **estabilidad y exclusividad** del vínculo de la pareja y la procreación de uno o varios hijos dentro de esa relación. Este es otro caso, en que algunos tribunales, aceptan realizar la prevención.
7. Cas. Sala Tercera, No. 196 -10 mayo- 1991.
8. Sala Constitucional, No. 264, 6 febrero, 1991.
9. Cas. Sala Tercera, No. 226, 12 nov., 1985. Aquí la deponente era la esposa del imputado.

para preservar su situación personal frente al hecho y no comprometerla más allá de lo que en derecho corresponde ya que durante el interrogatorio se corre el riesgo de una declaración que lo pueda perjudicar. Un poco creemos, esta disposición, tiene relación con la ya analizada sobre el derecho de abstenerse en el caso de hechos personales que signifiquen una declaración contra sí mismo. Pero, básicamente se aduce que esta prohibición busca, evitar que el testigo que no sea perjudicado en caso de ocultar la verdad por temor al eventual daño que puede causar.

También otra limitación procede en razón del llamado **secreto profesional**<sup>10</sup>.

Esta prohibición tiene íntima relación con el tipo de la actividad que el testigo realiza, pues dada su naturaleza, es receptor de determinada información que le ha sido **confiada** precisamente, en ocasión del ejercicio de la misma. Se habla además, de **secreto de oficina**, pues se considera que el deber del secreto profesional se extiende a los sujetos que desempeñan cargos en oficinas públicas y que por ello lleguen a tener conocimiento de información relacionada con hechos objeto de una acusación o secretos de Estado.

Debe quedar claro que aquí se de no un **derecho de abstención** como vimos antes, sino un **deber de abstención**. No obstante el mismo puede ser levantado por el interesado mientras no se trate de un ministro de culto admitido (art. 229, párrafo 2º).

En el Código de Procedimientos Penales encontramos que el citado artículo 229 nos habla de:

*"estado, profesión u oficio y especifica quiénes están cubiertos por el secreto profesional: abogados, notarios, médicos, farmacéuticos, obstétricas y funcionarios públicos sobre secretos de Estado."*

Dentro de las prohibiciones tenemos además, de las que califican a **la persona**, aquellas que califican la **forma del interrogatorio** y que están ligadas también de alguna manera, a la condición sustancial del testigo. Esta podríamos decir, es una limitación en sentido procesal, que impide obtener del testigo respuestas mediante la formulación de preguntas **sugestivas** (art. 95 párrafo 3º). Es decir, preguntas que en su planteamiento, conllevan la respuesta sugerida o que afectan la sinceridad del interrogado.

Tampoco podrán plantearse preguntas de hechos ajenos a los que forman base de la acusación (art. 224 y 95 pfo. 2º C.P.P.), así como tampoco se puede pedir al testigo que haga apreciaciones. Sólo si el declarar sobre el hecho, las apreciaciones personales, son parte de la declaración.

Así por ejemplo, no dice Nuvolone:

*"No deben deponer sobre la moralidad del imputado o de otras personas, salvo si por los hechos específicos que se refieren al acuerdo, sean útiles para calificar su personalidad en relación al delito o para descartar o confirmar su calidad de persona socialmente peligrosa. También puede utilizarse para determinar la personalidad del ofendido si ello resulta necesario para valorar el hecho cometido por el imputado"*<sup>11</sup>.

Sin embargo, si leemos con detenimiento el artículo 95, podemos notar que no se hace referencia a esta prohibición de hacer apreciaciones en materia penal, como si se regula para el caso de interrogatorios de testigos en otras materias. Así encontramos en el Código Procesal Civil artículo 358, pfo. 4º, esa limitación<sup>12</sup>.

#### B- Interrogatorio del imputado. (artículo 276, 278, 279, 280, 277 en relación con el 189 todos en relación con el 40 de la Constitución Política).

De suma importancia lo concerniente a la declaración del acusado. El punto como es sabido, constituye un tema de discusión en la doctrina del proceso penal.

Ciertamente el imputado no es un testigo en el proceso penal de corte romano-germánico<sup>13</sup>, pero es

10. Ver CORDERO (F), *Procedura Penale*, 1979, p. 305-306.

11. NUVOLONE (P), *op. cit.* p. 454.

12. En cuanto al tema de prueba testimonial ilícita encontramos un caso de sumo interés por cuanto de forma muy grave afectó las garantías del imputado en el proceso. Se trata de una causa en donde la prueba testimonial, sirvió para privar de su libertad el imputado, siendo este testigo persona que no apareció en el domicilio señalado en la acusación, pues se trataba de un lote vacío, además por informes del Departamento Electoral del Registro Civil, no apareció tampoco en el padrón electoral y nunca poseyó cuenta cédular.

No obstante que el Ministerio Público puso en conocimiento de tal circunstancia el juez por petición de la Defensora Pública del imputado quien descubrió la irregularidad, el juez no dispuso la libertad del imputado. La defensa le plantear el Habeas Corpus, obtuvo respuesta positiva de la Sala Constitucional en el sentido de que el juez **menospreció** la posible nulidad del testimonio y por ello no remedió el vicio, violando "las garantías que protegen al imputado durante todo el proceso penal". Sala Constitucional, No. 640 -marzo 22 1991.

13. En los sistemas de Common Law (Derecho de Precedentes Jurisprudenciales), el imputado sí adquiere el rango de testigo. Ver al respecto un amplio estudio en CAPPALLETTI (M), *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralita parte 2ª*, Milán, 1962, pp. 421-55.

obvio que si el mismo no se abstiene de declarar, de su manifestación y el respectivo interrogatorio, puede obtenerse una gran cantidad de elementos que servirán para la decisión de la causa.

La declaración del imputado dado ese carácter particular del que goza éste, debe celebrarse dentro del más estricto respeto a las garantías del debido proceso.

Se debe pues encuadrar dentro de garantías tales que impiden a los órganos inquirentes acudir a métodos contrarios a las libertades de la persona y a su dignidad<sup>14</sup>.

Es claro, entonces que se trate de salvaguardar el derecho del imputado desde el inicio de su intervención. De ahí que ante todo, se le concede el derecho de guardar silencio, sea que **puede abstenerse** aunque no está obligado, pues su libertad de declarar no solo va desde esta capacidad de decidir su silencio, hasta **confesar o mentir** (salvo, la calumnia).

Si su decisión es declarar, el interrogatorio será la pieza base a partir de la cual se exigirán las garantías señaladas y que deberán cumplirse dentro de un concepto de **lealtad** por parte del juez y el Ministerio Público para que no se vulnere el **derecho de defensa**.

Por eso dentro de la ilegitimidad en la obtención de respuestas se incluye el **artificio** o la **astucia** de que hagan uso quienes interrogan al acusado. Así como la **amenaza** o **cacción** o interrogatorios de larga duración.

Finalmente, su silencio tanto como su declaración serán valorados con las reglas de la sana crítica. Esto quiere decir, que el juez deberá observar la mayor objetividad a fin de no concebir **presunciones de culpabilidad**.

Ahora bien, esta tutela que hemos descrito no se acuerda sólo en sede de interrogatorio **judicial**. El deber de respetar las garantías y derechos del imputado, se extiende a la declaración obtenida ante **oficiales de policía**<sup>15</sup>.

La coerción física y moral contra los imputados tendiente a obtener la confesión está prohibida en todos los países donde la Constitución es marco de referencia obligado. Esa **brutalidad** en muchos casos empleada por la policía durante los interrogatorios las cuales además, son de larga duración, hoy son rechazados pues conducen a reducir al individuo en sus capacidades morales y físicas hasta llevarlo a un **vértigo mental** que finalmente confiesa o se atribuye cargos que no le corresponden y así evitar más sufrimiento.

Se dan también dentro de las investigaciones policiales otros métodos que pueden atentar contra la dignidad humana, tales como grabaciones utilizando aparatos receptores ocultos, método que a todas luces, se muestra desleal y que francamente violenta la intimidad del investigado.

Otros tipos de métodos empleados por la policía es la llamada **revelación inconciente**. Es la obtención de información utilizando narcóticos (suero de la verdad) sea el llamado **narcoanálisis**, que también no cabe duda, es una modalidad contraria al respeto de la integridad humana, pues con ello anulan la voluntad del interrogado generando una vulneración inexcusable de la integridad física y psicológica del acusado. En nuestro medio tales métodos no se utilizan<sup>16</sup>.

La gama de métodos empleados en sede policíaca pareciera ser amplia y variada no obstante, no siempre es conocida por cuando estos interrogatorios se efectúan como medidas preliminares en ausencia del defensor y en muchos casos, se puede acudir a medios de difícil detección pues no dejan **"signos externos"** que permiten percibirlo a simple vista.

Dentro del interrogatorio del imputado que regula nuestra ley, notemos dos puntos negros que siempre nos ha llamado enormemente la atención. Y es que nos parece contradictorio que por un lado se presente la normativa aparentemente enmarcada dentro de los lineamientos que exige el respeto a las garantías y dignidad de la persona y por otro se menoscaban. Explicamos de qué se trata.

Ya hemos señalado que uno de los principios constitucionales que más se han tutelado a la hora del interrogatorio del imputado es aquel del derecho de no declarar contra sí mismo. No obstante, encontramos que el artículo 227 dentro de la lista de puntos que sirven de base para el interrogatorio, señala que el imputado se le pedirá que informe sobre sus antecedentes penales. Es totalmente absurdo que existe una

14. Un análisis de sumo interés sobre las garantías del imputado a lo largo de todo el arco procesal en voto No. 1331, 23 oct.-1990 de la Sala Constitucional.

15. En la jurisprudencia nacional las declaraciones obtenidas ante la policía son reconocidas como válidas dado el hecho que se hace bajo los sentidos de los oficiales y porque unidos a otros elementos corroboran los hechos. Cas. Sala Tercera No. 224, 28 agosto-1987. Trib. Sup. Puntarenas No. 140, 6 agosto, 1987.

En otra sentencia en cambio el punto de vista es en contra de la anterior posición: "...el simple hecho de la detención y de las autoridades judiciales y sus prácticas policiales, constituye una innegable alteración de la voluntad y del razonamiento normal con que una persona viene a declarar como imputado; admitir una inculpación en tales circunstancias, representaría una clara violación del principio de efectiva defensa en juicio a que tiene derecho el inculpaado a la vez, que atenderá contra el principio de inmediación de la prueba". Cas. Sala Tercera No. 53-18 mayo, 1986.

16. CARNELUTTI (F); "Diritto dell' imputato agli sperimenti sul suo corpo", *Riv. Dir. Proc.*, XI-parte II, 1956- pp. 270 ss.

disposición como esta, en donde sin duda alguna, se le pide una información que lo perjudica y que además, es función del despacho judicial obtener por los medios y formas que la ley la confiere y no a través del acusado mismo.

Por otro lado, tenemos el 373 que en su pfo. 2º, nos dice que el momento de la audiencia oral, si el imputado se negara a declarar, se le leerá o incorporará la declaración hecha en la instrucción. Lo más interesante es que se le hace siempre la prevención del derecho de abstenerse. Entonces, si el imputado decide guardar silencio ¿por qué se le incorpora la declaración? ¿Es que esa prevención se vuelva puramente en un **ritual** en el debate?

No parece nada lógico ni respetuoso de la libertad que la ley confiere al imputado el derecho de abstenerse y si éste opta guardar silencio, se le incorpore por lectura la declaración. Esa decisión debe ser respetada, sino estamos ante una patente incoherencia que no tiene ninguna justificación. Máxime si es la audiencia oral la que realiza las veces del **gran escenario** para que el juez pueda percibir en forma **inmediata** el material cognocitivo para opoyar su proveído final. Es decir, ya no se trata de la etapa **instructiva** la cual queda atrás, en la medida en que a estas alturas la prueba se evacuará bajo otras condiciones por lo que en especial, la prueba oral deberá ser recabada de nuevo dejando de un lado la forma y el contenido de la instrucción al menos en lo sustancial ya que en algunos casos, tendrá un valor más que todo, de **referencia histórica obligada** si no hay otras alternativas por lo que es solo **supletoria** a falta de... pero no **sustitutiva**.

### C. La prueba documental

Este resulta también de importancia dentro del proceso penal pues en un documento podemos encontrar representado un hecho o un pensamiento que confirme o dé luz de la existencia de un delito<sup>17</sup>. Desde luego, que para este efecto no estamos partiendo de un concepto específico de documento cual sería aquel ligado a la consignación **escrita** de ese hecho o pensamiento que desde luego, con en sí **actos documentados**. Pues hoy día se nos habla de otro tipo de documento ya que éste puede comprender incluso el cuerpo del delito en escrito o como objeto en sí mismo.

El concepto de documento como **escrito** con el avance tecnológico ha ido perdiendo exclusividad<sup>18</sup>.

En lo relativo a la formación u obtención ilegítima de documentos de nuevo, juegan un papel importante las investigaciones o acciones preliminares desplegadas en sede policial. Los decomisos, regis-

tros, requisas y apertura de documentos en manos de privados, deben regirse por las más estrictas medidas de respecto al domicilio, la privacidad, la propiedad, el secreto profesional etc. Este apego a normas que garantizan el respeto de la persona humana y su patrimonio, deben desde luego, también aplicarse en sede judicial, pues la policía podría llevar a cabo ciertos actos que signifiquen entrada al domicilio (allanamiento), decomiso y registro de pertenencias y habitaciones, durante la tramitación del proceso (previamente autorizado por la autoridad jurisdiccional correspondiente), tales actos, deben encontrar límites en ese mismo sistema de garantías.

Así encontramos establecidas las reglas dentro de las cuales deben efectuarse tales acciones en los artículos 290 a 223 del C.P.P.

Un caso específico en que el juez puede realizar directamente actos tendientes a obtener prueba documental están regulados en el artículo 201 y ss. Particular interés se presenta con el 204 que autoriza la **inspección corporal y mental**, para lo cual se exige el respeto al **pudor** del imputado o del tercero que sea también sometido a dicho examen por razones de "grave y fundada sospecha o absoluta necesidad"<sup>19</sup>.

Desde luego, que de todas maneras, el juez se verá obligado a no trascender los límites en los demás casos para no invalidar la prueba ya que además deberá inspeccionar no sólo personas, sino también lugares y cosas que implique vulnerar garantías como las citadas.

Otro tipo de violación puede darse en el caso de la llamada **correspondencia oral** cuando ésta es interceptada toda vez que se da a través de la vía telefónica. El punto se encuentra regulado en el artículo 221 del

17. CARNELUTTI (F), *La prova civile*, Roma 1947. DENTI (V), "La natura giuridice della prova", *Riv. Dir. Proc.*, 1969.

SATTA (S), *op. cit.* p. 279, ss. ROMERO PEREZ (J.E.) *La prueba documental en el proceso civil de Costa Rica*, 1981, habla de la importancia del documento para el juzgador a la hora de dictar su sentencia y de ahí que el concepto de documento debe ser amplio.

18. El concepto se amplía notablemente en nuestro Código Procesal Civil en su artículo 368: "Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, los discos, las grabaciones magnetofónicas y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo." Ver, también ROMERO PEREZ, *op. cit.*

19. Las limitaciones en lo relativo a la apertura de documentos en los casos en que se ponga en peligro el secreto profesional de oficinas públicas o secretos de Estado, alcanzan a los órganos policiales y al juez mismo. Este aspecto no se ve tratado en el C.P.P., pero no cabe duda que es de gran importancia tomar en cuenta esta posibilidad.

C.P.P. en donde se autoriza esta interceptación y que es de todos sabido fue declarada inconstitucional<sup>20</sup> y por ello se promovió la modificación del artículo 24 de la Constitución el cual prohíbe la violación de "documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República", reforma que tiende a armonizar la Constitución con el 221 a fin de contar con el recurso de la **intervención telefónica** en la lucha contra el alcance, casi implacable, del narcotráfico. Pero no obstante, que el motivo que induce a tal reforma es loable, lo cierto también es que en materia de respeto a las libertades públicas y la tutela de la intimidad, no podemos claudicar.

#### D. La prueba pericial<sup>21</sup>. (artículos 238 a 252 C.P.P.)

Consiste antes que en una prueba en un **auxilio técnico** para el juzgador a fin de que pueda sustentar su decisión, también sobre limitaciones pues ella puede ser obtenida de forma irregular por ejemplo, ejerciéndose sobre objetos que no pueden valorarse pericialmente (como sería la **habitualidad**, la **profesionalidad**). Quedan en entredicho también, las valoraciones psíquicas y clínicas de la personalidad y carácter del imputado que no tengan que ver con **causas patológicas** del mismo. En este sentido encontramos el artículo 50 del C.P.P. en relación con el 71 del Código Penal. Aquí se habla de un examen mental obligatorio. Este examen tendrá efectos para la fijación de la pena toda vez que: "Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales...", serán solicitadas al Instituto Criminológico quien deberá rendir un informe al respecto.

De importancia suma es aclarar que la pericia nunca debe ser orientada para que el perito establezca la verdad o la existencia del hecho y la participación en el mismo del acusado. Es necesario que no se confundan la labor del juez y la del perito, ya que es el juez quien debe realizar el juicio que establecerá esa existencia del hecho punible y el autor responsable.

El sistema de **libre convicción** el valorar la prueba le permite al juez apreciar bajo las reglas de la sana crítica, el material que le proporciona el perito y así impedir que sea el perito el que decida el resultado del proceso. En nuestro medio vemos cómo con frecuencia, los dictámenes periciales vienen asumidos con carácter casi de **prueba legal**. El ejemplo típico lo tenemos en los casos de falsedad de documentos en donde números y letras se valoran mediante examen de grafoscopia. En diversas ocasiones es de todos conocido, no se obtiene la información correcta de ellos pues se han dado casos en que la persona ha elaborado el documento y el dictamen arroja un resultado nega-

tivo y en otras ocasiones la persona niega rotundamente el cargo e incluso se somete a nuevas pruebas (levantamiento de nuevos cuerpos de escritura), y como se utilizan criterios idénticos a los del primer cuerpo, y lo hacen los mismos técnicos en con mismos métodos, se procede a ratificar con lo que se causan enormes perjuicios ya que los jueces se apegan a dichos dictámenes. Creemos que ante la experiencia que nos muestra casos contradictorios y en causas donde el juez cuenta con otros medios para descartar el dictamen, ese fiel apego no tiene razón de ser. Sobre todo porque debe apreciarse con las reglas de la sana crítica. Encontramos en estos casos una evidente insuficiencia en el modo y garantías en la formación de la pericia y posiblemente una inidoneidad por falta de capacitación y equipo que se traduce en evidente violación de las garantías del imputado en la demostración de su inocencia.

Se exige en forma indisoluble, que las pericias sean documentadas y comunicadas al defensor. Se exceptúan las efectuadas por la policía o el Ministerio Público en forma preliminar. Esta disposición busca el cumplimiento del principio del **contradictorio**: el juez no puede decidir sin que antes haya sometido el material probatorio, el control de las partes. Consagra tal principio el artículo 39 de la Constitución Política. Así también, el artículo 243 C.P.P.<sup>22</sup>.

20. Por un pronunciamiento de la Sala Constitucional, se determinó la imposibilidad dentro del marco constitucional, en el sentido de que nadie puede ser privado ni aún quien es imputado en una causa penal, dentro de un sistema democrático, de su "derecho a mantener reserva sobre ciertas actividades u opiniones suyas y obtener amparo legal para impedir que sean conocidas por otros en especial cuando para conocerlas deban emplearse procedimientos clandestinos"... Y así lo confirma la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José el cual cita la Sala en este voto en su artículo 11. 2-3 "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio, en su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación" "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". Sala Constitucional. Voto No. 1261-9 oct. 1990.

21. Ver, DENTI (V) "Perizie, nullite processuali e contraddittorio", *Riv. Dir. Proc.*, XXII (II Serie) 1967 p. 395. Considere el autor la pericia como una fuente de información para el juez pero no como medio de prueba. En efecto observamos cómo la doctrina ha ido evolucionando hasta considerar la pericia sólo como una forma para integrar la actividad cognoscitiva del juez. DENTI (V), *Nullita degli atti processuali civili*, en *Noviss. Dig. It.* XI, Turín 1965, p.473.

22. Algunas veces nuestra jurisprudencia se ha referido al punto. Es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Limón No. 162 del 21 de agosto, 1987, en el sentido de declarar nulo el informe sobre el análisis de marihuana por no haberse notificado al imputado "violando así su derecho a intervenir".

El hecho de que las investigaciones periciales en sede policíaca o del Ministerio Público, no se notifiquen a las partes, nos lleva a pensar que el principio del contradictorio, para efectos de instrucción preliminar se aplica en forma **parcial**.

En el caso particular de la pericia, dada la importancia que posee para la decisión del objeto del proceso, compartimos totalmente la idea de conferir al perito la categoría de testigo. Esto porque son muchos los problemas que suscita la consulta pericial. Veamos:

En primer lugar, nuestros jueces, violan regularmente los términos establecidos en el artículo 245 del C.P.P., ya que en este se dice claramente, que el juez "dirigirá" el dictamen, formulará las cuestiones a elucidar, fijará el plazo en que debe expedirse y si lo juzgare conveniente, asistirá a las indagaciones".

Lo usual entre nosotros es que se solicite el dictamen y que éste se vierta sin que el juez puntualice los aspectos en particular sobre los que requiere información. Así, el resultado no es siempre el que la situación amerita y encima de eso, no se adjunta en todos los casos, por parte del perito, el método empleado para obtener el resultado que se consigna. De modo, que la memoria que se envía debería ser provisional hasta tanto el perito no pueda ser interrogado de viva voz por el juez y las partes. De ahí que lo conveniente sea llamar siempre al perito en calidad de testigo. Claramente, como testigo técnico. No en vano se ha dicho que "tanto el testigo técnico como el perito"... son instrumentos de los cuales se vale el juez para formar su propio **visus** sobre el tema histórico del proceso"<sup>23</sup>

Ello contribuiría además con el verdadero respeto al principio del contradictorio en este tipo de información. Conviene que "esa integración del conocimiento del juez" se logre mediante una fórmula dialéctica<sup>24</sup>.

### E. Formas irregulares de preconstruir pruebas en sede policial

Interesante es también hacer referencia aquí a los informes policiales e incorporados por lectura al debate. Es claro que este mecanismo no debería operar ya que, sólo puede proceder si se cuenta con la presencia de los investigadores que lo realizaron para permitir su examen en forma verbal y directa (inmediación). Ello porque no es posible que siendo el proceso penal **acusatorio** en especial en la audiencia oral, se incorporen pruebas documentales sin agotar la posibilidad de oír a los protagonistas. Este fenómeno se extiende al interrogatorio de testigos. Es frecuente, la incorporación por lectura de declaraciones e informes ante la incomparecencia de las personas llamadas. Creemos

que no debería ser así pues, con ello el proceso, se vuelve en un puro trámite burocrático que se realiza sólo para cumplir con una agenda. La **audición y percepción** visual de los testigo se vuelve esencial en proceso como técnica para administrar justicia de ahí que la renuncia a preguntar, repreguntar y observar directamente al deponente debe ser excepcional y no la regla como está sucediendo en nuestro medio con evidente perjuicio en la solución acertada de la causa. Un fenómeno muy frecuente es también la **confesión del imputado por referencia** de los policías, problemas que se agrava con la incorporación por lectura del informe policial<sup>25</sup>.

Creemos que ello violenta claramente el principio de **indivisibilidad de la confesión**, toda vez que es lógico que uno o unos oficiales de policía no van a atender este requisito y en todo caso, es el juez el que junto con las partes podrá discernir el respeto de este principio cuando lo realice en **pleno** contradictorio<sup>26</sup>.

Otro medio de formar prueba es el que se realiza mediante el llamado "operativo". Este sucede en sede policial y consiste en una modalidad de investigar al o los sospechosos de delitos acudiendo a una secuencia de "representaciones" en donde los oficiales de policía encubiertos hacen las veces de "hombres de la calle"

23. CORDERO (F), *op. cit.* p. 170. DENTI (V), "Testimonianza técnica", *Riv. Dir. Proc.*, 1962, p.

24. GRASSO (E), "La collaborazione nel processo civile" en *Riv. Dir. Proc.* 1966. CAPPELLETTI (M), "Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale" en *Giust. Cost.*, 1961.

25. Nuestros jueces son muy dados a incorporar las confesiones del imputado, recogidas mediante el interrogatorio que se realiza en sede policial como ya analizamos, y que puede ser obtenida por medios ilícitos circunstancia que, sólo mediante la presencia de los policías en el debate, podrá indagarse. El problema grave, se da cuando el informe policial se incorpora sin que haya habido ocasión de repreguntar a dichos oficiales. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado algunas veces en contra de la confesión obtenida ante la policía por ser producto de una presión aún con la simple detención. Cas. Sala Tercera No. 131 - 7 agosto 1984 Cas. Sala Tercera, No. 53 - mayo - 1986 Trib. Sup. 2p. Secc. 1ª, No. 82-2 mayo - 1985

26. Nuestra jurisprudencia ha considerado ilícita la confesión que viola la indivisibilidad de la confesión: Se dice que no puede constituir medio de prueba acusatorio si es el único medio de prueba. Cas. Sala Tercera N° 12-29 Enero-1986. Esta resolución se complementa manifestando que se puede dividir la confesión en presencia de otras pruebas pero sólo con la inmediación del Juez. Cas. Sala Tercera, No. 12-29 enero - 1986. Esta resolución se complementa manifestando que se puede dividir la confesión en presencia de otras pruebas pero sólo con la inmediación del juez.



para dar con el responsable toda vez que se involucran directamente en los hechos ya sea siguiendo el sospechoso o participante en los mismos. Es ya aceptado en nuestro medio, que la acción delictiva debe desarrollarse en forma espontánea y sin que el oficial influye o provoque de manera alguna el hecho. De ser así, la prueba es indudablemente ilícita pues pareciera que aquí el sospechoso no actúa voluntariamente sino que ha sido inducido. El método se ha dicho podría funcionar si la acción policiaca tuviera como finalidad **confirmar** (no provocar) la acción delictiva (delito experimental)<sup>27</sup>.

La otra situación que se presenta es en el relativo a los **reconocimientos** tanto en sede policial como judicial.

Los artículos 255 al 260 de nuestro C.P.P. regulan la figura del reconocimiento. Este medio de prueba consiste en una potestad del juez quien podrá ordenarlo para obtener la identificación del imputado por parte de quien alegue haberlo visto en la comisión del ilícito.

En las reglas para su cumplimiento se establecen exigencias fundamentales, de modo que en ausencia de estos requisitos, la prueba será ilícita.

La vulneración de esas exigencias es muy frecuente en especial, durante las audiencias de debate ya que dada la presencia de los testigos y del imputado, los jueces o el Ministerio Público se aprovechan para pedir, mediante el interrogatorio de testigos, el reconocimiento del acusado. Acto que resulta a todas luces irregular pues el 256 ss., dice claramente, que debe haber un previo interrogatorio del testigo que va a reconocer para que describa al sujeto y luego evitando en todo momento que quien va reconocer puede ver al acusado, éste será colocado en una fila con otras personas de características físicas semejantes a fin de que quien reconoce, pueda distinguirlo sin lugar a dudas. Sea que el reconocimiento en la Sala de debate, nada tiene que ver con el que la ley establece, pues resultaría muy simple saber que quién está al lado del defensor es el acusado, y así identificarlo aunque sea sólo por inculpar a alguien pues es lógico que el ofendido no podrá observar la objetividad ante tan magnífica ocasión.

También la violación se da con los **reconocimientos fotográficos**. Por lo general, se da más en sede policial. Sucede que conforme al artículo 258, éste sólo procede si el imputado no ha **podido ser habido**. El problema que aquí se presenta, es que ignoramos cómo lo realiza la policía pues lo único que llega a poder del juez y las partes es la fórmula que levanta a modo de acta, la policía judicial. Ello evidentemente, hace dudosa la seriedad de la prueba en su obtención,

lo que desde luego, debe remediarse, apenas el juez cuente con la presencia del imputado. Es nuestra opinión, que ese reconocimiento realizado en sede policial, debe descartarse cuando la circunstancia que le dio origen, desaparezca. Nuestra jurisprudencia ha reconocido que éste debe ser subsidiario sobre todo porque debe realizarse con base en los artículos 191 y 192 del C.P.P. Sea, en presencia del defensor<sup>28</sup>.

#### IV. NEXOS DEL DERECHO PROCESAL CON EL DERECHO PROCESAL CIVIL EN LA OBTENCION DE PRUEBA.

Por regla cada sistema procesal tiene sus propias reglas. No obstante, la unidad del Derecho lleva a ciertos momentos en que se dan **conexidades**. En cuanto a la prueba, sucede que en materia penal, algunas veces, la prueba civil tiene vigencia. Es el caso particular de la prueba sobre el **estado civil de las personas** la cual debe obtenerse a partir de una certificación del Registro Civil. Y así lo establece el artículo 198 C.P.P.<sup>29</sup>. En este artículo se habla de que las reglas "serán aplicadas en la instrucción", pero tal situación es evidentemente un error pues deben cumplirse en cualquier estado del proceso<sup>30</sup>.

#### CONCLUSIONES

Al "finalizar" este estudio tal vez lo primero que podemos deducir es que el problema planteado por la prueba ilícita debería ser tomado en cuenta para un análisis más profundo ya que como pudimos observar, la prueba es un pilar fundamental para la resolución justa o injusta de una causa penal y el punto en nuestro medio no parece haber interesado mucho ni a los estudiosos del Derecho ni a la jurisprudencia nacional.

El principio de esta problemática parece evidentemente radicar en la relatividad que a la hora de

27. En Costa Rica ver al respecto, LEAL VEGA (J). *El agente provocador*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1983. También, Cas. Sala Tercera, No. 188, oct. 9-1984.

28. Cas. Sala Tercera, No. 16 - 2 de enero, 1986.

29. En nuestra jurisprudencia encontramos casos específicos como el rechazo de una fe de bautismo por no tratarse de una certificación de nacimiento. Cas. Sala Tercera, No. 205-15 oct., 1985.

30. Ver, también sobre el punto CASTILLO BARRANTES (S.E.), *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, Colegio de Abogado, 1977, p. 61.

aplicar las normas por los diferentes jueces, se opera en el campo material aún cuando ellas pertenezcan al grupo de pruebas legalmente establecidas. Es decir, aún cuando por ley se disponga sobre los límites para la "pureza" de la prueba, la violación de los mismos puede suceder y de hecho, sucede.

Creemos que la prueba es el elemento procesal más susceptible de ser alterado. Su manipulación como vimos se da en varios momentos: uno es a la hora de formarla, otro al aplicarle y finalmente en el momento de la decisión judicial. Es nuestra opinión que el fenómeno se da siempre que se ignore el significado de ella: La prueba en materia penal es sinónimo de garantía y como tal debe manejarse tanto en la fase de formación (normalmente en sede policial) como al introducirlo en el proceso y finalmente al momento de apreciarle por parte del juzgador quien debe acudir a

los más estrictos criterios dentro del esquema de la libre convicción (sana crítica) para no mancillar esa condición pues la naturaleza de garantía la convierte en imperativa, de ahí que cada vez que la prueba venga vulnerada y se le niegue este carácter de garantía en el proceso penal, la consecuencia lógica es la nulidad absoluta de ésta. Y como es lógico, los efectos que de ella promanan.

No podemos dudar de que cuando el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valorar la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En conclusión, la valoración realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino de un juicio que se apoya en la prueba válida.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS:

FAZZALARI (E), Istituzioni di diritto processuale, Padua 1975.

CORDERO (F), Procedure Penale, 1979.

CAPPELLETI (M), La testimonianza della parte nel sistema dell' oralita, 1962.

CARNELUTTI (F), La prova civile, 1947.

ROMERO PEREZ (J.E.), La prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, 1981.

LEAL VEGA (J), El agente provocador, tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1983.

CASTILLO BARRANTES (S.E.), Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal, 1977.

### REVISTAS:

NUVOLONE (P), "Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino", Riv. Dir. Proc., 1966.

VIGORITI (V), "Prove illicite e Costituzione", Riv. Dir. Proc., 1968.

LAZZARO (G), "La funzione del giudice", Riv. Dir. Proc., 1971.

CARNELUTTI (F), "Diritto dell' imputato agli sperimenti sul suo corpo", Riv. Dir. Proc., 1956.

DENTI (V), "La natura giuridica della prova", Riv. Dir. Proc., 1969.

DENTI (V), "Perizie, nullita processuali e contraddittorio", Riv. Dir. Proc. 1967.

DENTI (V), "Testimonianza tecnica", Riv. Dir. Proc. 1962.

GRASSO (E), "La collaborazione nel processo civile", Riv. Dir. Proc., 1966.

CAPPELLETI (M), "Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale", Giust. Cost., 1961.

### JURISPRUDENCIA:

Cas. No. 226 - 12 nov. 1985. Cas. No. 291 - 12 dic. 1986. Cas. No. 196 - 10 mayo - 1991. Sala Constitucional Voto No. 264 - 6 febrero - 1991. Cas. No. 226 - 12 nov.

1985. Sala Constitucional Voto No. 640 - marzo 22 de 1991. Sala Constitucional Voto No. 1331 - 23 oct. - 1990. Cas. No. 224 - 28 agosto - 1987. Trib. Sup. de Puntarenas No. 140 - 6 agosto - 1987. Cas. No. 53 - 18 mayo - 1986. Sala Constitucional Voto No. 1261 - 9 octubre - 1990. Trib. Sup. de Limón No. 162 - 21 agosto - 1987. Cas. Sala Tercera - No. 131 - 7 agosto - 1984. Cas. Sala Tercera - No. 53 - mayo - 1986. Trib. Sup. Seg. Penal-Secc. Primera, No. 82 - 2 mayo - 1985. Cas. Sala Tercera - No. 12 - 29 enero - 1986. Cas. Sala Tercera - No. 188 - 9 octubre

- 1984. Cas. Sala Tercera - No. 16 - 2 enero - 1986. Cas. Sala Tercera - No. 205 - 15 octubre - 1985.

#### LEGISLACION

Constitución Política.

Código de Procedimientos Penales.

Código Procesal Civil.