

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.

INTRODUCCIÓN: En el siguiente informe refiere a los principios básicos de la prueba en materia penal tratando el tema de una manera general, incluyendo varios criterios doctrinarios de juristas de diferentes países.

ÍNDICE DE CONTENIDO

[TEORIA DE LA PRUEBA LEGAL].....	2
[DE LA PRUEBA Y SU VALORACION].....	16
[LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL].....	24
[ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA].....	35

DOCTRINA:

[TEORIA DE LA PRUEBA LEGAL]¹

CARLO FURNO

LOS MEDIOS CONCRETOS DE PRUEBA LEGAL EN NUESTRO DERECHO POSITIVO: BREVE
REVISTA. ÍNDOLE PROBATORIA INTRÍNSECA DE LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE HECHO
CON EFICACIA PROBATORIA LEGAL.

PRUEBA LEGAL Y NOTORIEDAD.

En nuestro derecho positivo están recogidos todos los elementos que nos han de ser precisos para completar el examen del funcionamiento de la prueba legal. El orden jurídico ha establecido la eficacia probatoria de cada uno de los supuestos de hecho típicos, abstractamente previstos como medios legales de instrucción, fundándose, en general, en el criterio del *id quod plerumque accidit*; lo que presupone, necesariamente, que cada una de las categorías ha de presentar la característica externa de una absoluta y rigurosa uniformidad. Uniformidad que justifica el establecimiento por el legislador de las mismas reglas de experiencia, constantes e inmutables, que cualquier persona aplicaría en circunstancias análogas pero que razones de oportunidad llevan a presentar como ya aplicadas en la síntesis de un precepto imperativo, con el fin de hacer imposible toda

disparidad.

Los medios de instrucción que integran la categoría de pruebas legales stricto sensu, por tener su eficacia probatoria predeterminada por la ley de manera vinculante, son las siguientes:

- a) El instrumento público (arts. 1315 y sigs. del Cód. civ.).
- b) Los documentos privados reconocidos o autenticados (artículos 1320 y 1323 del Cód. civ.), y algunos otros (libros de comercio, registros y cartas familiares, anotaciones del acreedor a favor del deudor sobre el título de su crédito, libros de cuentas de aparcería o de arrendamiento: arts. 1329, 1330, 1331 y 1661 del Cód. civ.), con las limitaciones y circunstancias determinadas por la ley.
- c) Las copias de los instrumentos públicos y de los documentos privados (arts. 1333, 1334 y 1336 del Cód. civ.).
- d) Los reconocimientos (art. 1340 del Cód. civ.).
- e) Las presunciones legales (arts. 1350 y sigs. Cód. civ.).
- f) La confesión de las partes (o de sus procuradores especiales), sea judicial o extrajudicial, salvo, en cuanto a esta última, los casos en que no haya sido hecha a la parte contraria o a quien la represente (arts. 1355 y sigs. Cód. civ.).
- g) El juramento de las partes (decisorio o supletorio) (artículos

1362 y sigs).

h) La conducta procesal de las partes, en algunas de sus manifestaciones (por ejemplo: arts. 218, 225, 283 y 614 del Cód. proc. civ., y 1360, 1367, 1662 del Cód. civ.).

La eficacia de accertamiento de los indicados medios de prueba, según ya he advertido, no se establece por la ley en igual medida para todos ellos. Para algunos queda condicionada a la falta o a la infructuosidad de la prueba contraria: presunciones inris tantum, declaraciones complejas de las partes, reconocimientos, etc. Para otros es absoluta y definitiva: instrumento público, confesión judicial o extrajudicial, juramento; salvo el empleo de remedios especiales para eliminar sus consecuencias (por ejemplo: en cuanto a la confesión, la retractación por error de hecho; en cuanto al instrumento público, la querrela de falsedad). De tal forma queda aclarado el sentido en que debe ser entendida la expresión "prueba legal absoluta". La prueba legal no hace sino convertir en automático el efecto probatorio, aproximando el medio al hecho hasta llegar a su identificación. Actúa como una especie de aparato mecánico cuya puesta en marcha se produce instantáneamente por la verificación concreta del supuesto de hecho previsto en abstracto por la ley. Pero este automatismo de su funcionamiento ni quita ni pone a la naturaleza de los medios a

que la ley conecta esa consecuencia. Si supusiéramos, por un instante, que ninguna norma de derecho objetivo atribuyera explícitamente fe plena al instrumento público, no por ello dejaría el instrumento público de hacer fe, o sea, de hacer prueba; pero sólo haría, simplemente y precisamente, la fe que el juez estimase, en conciencia, que le era atribuíble. Lo mismo puede decirse de las presunciones legales, de la confesión y del juramento, que conservarían su naturaleza y su valor de elementos de convicción aunque no existieran las normas que les atribuyen su actual eficacia, absoluta o provisional, de accertamiento. En igual supuesto, los mismos indicios, que el legislador toma en consideración al tratar de varias hipótesis de presunciones legales, no dejarían de ser prueba; la confesión mantendría su naturaleza y eficacia probatoria en cuanto confirmación de hechos contrarios ai interés del declarante (como sucede en el proceso penal y en los procesos de tipo inquisitivo, en los que la confesión funciona como un medio de prueba de valoración judicial libre), y, finalmente, el juramento como aseveración de verdad (triplemente garantizada: por su forma solemne, por el mecanismo lógico de su delación y de su posible referimiento, y por la sanción penal) tendría siempre cabida entre los medios instructorios. En todos los casos indicados, las mismas reglas de experiencia tenidas en cuenta por el legislador para su valoración

normativa, serían aplicadas de igual modo por el juez.

Por consiguiente, los medios de prueba legal representan para el juez supuestos concretos de hecho que corresponden a las previsiones legales abstractas, y su verificación determina instantáneamente la producción de los efectos preestablecidos por la norma. La función del juez no puede exceder de los límites de la operación usual de control de la correspondencia entre el supuesto de hecho y la norma. Y esto es todo. Lo demás deriva de la voluntad de la ley, que expresa la convicción de su autor en forma de juicio histórico normativo.

El instrumento público, la confesión, el juramento, etc., son, para el juez, hechos que acreditan (legalmente) otros hechos: típicas pruebas indirectas. Y esto es, exactamente, lo que son las pruebas legales.

Puede suceder, y sucede a veces, que un supuesto de hecho probatorio legal deba ser, a su vez, probado. Así sucede, prescindiendo de otros casos, con la confesión extrajudicial, cuyo valor legal de accertamiento queda condicionado al valor de la prueba que demuestre al juez su existencia, con la consecuencia de que, en último análisis, la eficacia del medio de prueba legal depende de la eficacia de la prueba que para sí mismo necesita. De esta manera se presenta, en el campo de la prueba legal, el

fenómeno de la diversidad de grado de pruebas, característico de la prueba indirecta en general.

La ley no especifica qué hechos puedan ser acreditados por medio de pruebas legales. Hay que admitir, por tanto, que cualquier hecho, material y jurídicamente posible, que tenga alguna significación para el posterior juicio de derecho, puede ser probado por dichos medios.

Problema grave es el que se plantea en los casos de colisión entre prueba legal y notoriedad. No cabe dedicar, en este libro, a tema tan sugestivo sino unas alusiones rápidas. A mi modo de ver, todo el problema depende del concepto de notoriedad. Si por notoriedad se entiende el conocimiento histórico adquirido por la generalidad de los hombres de cultura media, fácilmente controlable por averiguaciones de ejecución expeditiva, que no requieren aptitudes técnicas especiales, debería prevalecer sobre el resultado opuesto de la práctica de cualquier medio de prueba, legal o libre. El concepto de notoriedad limita con el de conocimiento privado del juez, pero resulta tan difícil establecer una clara línea de demarcación entre los dos conceptos, que no parece posible rescatar a esta materia del mundo y de lo opinable y de lo incierto. Cuanto más se reduce el campo de la notoriedad más se ensancha el del conocimiento privado, hasta el punto de poner a cargo del hombre de cultura media una especie de deber de control,

fácil y rápido, de la notoriedad, que, de otra forma, no podría escapar a la regla de que la prueba es menester y carga de las partes. Es innegable, no obstante, que las hipótesis de colisión aludidas más tienen aspecto académico que práctico.

[TEORÍA PRUEBA EN GENERAL]²

KARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER

PRUEBA EN GENERAL Y, ESPECIALMENTE,

PRUEBA EN EL PROCESO CRIMINAL

Cuando un individuo aparece como autor de un hecho al que la ley le señala consecuencias aflictivas, y siempre que se trata de hacerle aplicación de ellas, la condena que ha de recaer descansa en la certeza de los hechos, en la convicción producida en la conciencia del juez, dándose el nombre de prueba a la suma de los motivos que producen la certeza. En el momento que examina estos motivos, se efectúa en el ánimo del juez una operación semejante a la que tiene lugar en todo hombre que, en los asuntos políticos o de su país, procura convencerse de la verdad de ciertos hechos. En la certeza adquirida, o, por lo menos, en probabilidades del más alto grado descansa nuestro juicio antes de entrar en relaciones con ciertas personas: allí está la base de nuestras especulaciones

de toda especie, y cuanta mayor importancia tiene el negocio, de tanta más prudencia usamos antes de obrar y mayores garantías de probabilidad exigimos. En esta investigación de la verdad, el espíritu humano puede compararse a una balanza puesta en movimiento por circunstancias externas, y por las impresiones que del mundo exterior recibe el hombre en quien residen siempre las tuerzas necesarias para pesar los hechos.

El impulso producido en nosotros en vista de la prueba y que comunica el movimiento a lo que llamaríamos la aguja de la balanza de la conciencia, este impulso, repetimos, puede ser más o menos poderoso. Cuando tiene menos vigor sólo produce una sospecha, sólo envuelve en sí una presunción pura y simple; cuando es rápido e irresistible hace descender y mantiene inclinado el platillo: la certeza es la que viene a obrar con todo su peso.

El origen de la prueba estriba en un hecho que ha pasado fuera de la conciencia del juez, y su efecto en las relaciones que se establecen por medio del pensamiento entre este hecho y el que se ha de demostrar. Así es como nos sorprende la conducta de un acusado que, procurando justificarse, emplea medios que no son los de la inocencia; entonces queremos explicar esta conducta por la confusión de una conciencia culpable, y llegamos a creer que ha cometido un delito cuyas consecuencias se esfuerza en desviar. Del

mismo modo, cuando un testigo afirma haber visto a una persona cometer tal crimen, nuestro ánimo se encuentra sobrecogido y llega a persuadirse de que la verdad reside en el dicho de un hombre honrado y digno de fe.

Cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, provoca, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana, movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado será muy distinto. El primero se deja llevar por las apariencias; su espíritu, combinando de pronto un conjunto de ideas, une en el momento los hechos conocidos a toda una serie de hechos imaginarios; el segundo, siempre dudando, considera aisladamente las circunstancias desnudas, y su espíritu permanece impasible e inmóvil. La experiencia adquirida en conjeturas análogas, la costumbre y la habilidad práctica influyen también en la convicción suministrada por los hechos; tal juez, que muchas veces ha descubierto el carácter falaz del testimonio emanado de un cómplice, y que sin perdonar medio se ha ejercitado en penetrar todas las circunstancias ocultas que podrían muchas veces esclarecer los hechos y presentarlos quizá en su verdadero punto de vista, queda impasible en presencia de pruebas que deberían obrar de un modo decisivo en un espíritu no experimentado. Las

opiniones preconcebidas pueden hacer que ciertas circunstancias adquieran una importancia, que jamás vería en ellas un juez que no las tuviese. ¡Cuántas veces no se ha visto, por ejemplo, en los debates, mirar como un hecho muy grave las mentiras y numerosas contradicciones del acusado! ¡Cuántas la idea, de antemano concebida, de que es realmente autor del crimen, nos lleva a conferir circunstancias insignificantes una explicación que nada justifica, cuando, sin embargo, creemos haber hallado la clave de su conciencia! Finalmente, las disposiciones del momento pueden dejar más o menos acceso a las impresiones producidas por los hechos en que se funda la prueba. Esta observación es sobre todo aplicable en materias políticas: si el juez es tímido, si a cada instante piensa en o sueña con una revolución inminente, si cree que el orden público peligra, tan sólo porque advierte como síntomas de un movimiento extraordinario en los espíritus; en el acto ciertas demostraciones, el modo de andar de muchas personas le parecen amenazadoras y características de dañadas intenciones contra el Estado; al contrario, un juez entendido, que quiere la libertad y el movimiento en el dominio de la inteligencia, y que honra la independencia del pensamiento, no piensa en el peligro sino cuando es actual. Todas estas impresiones, todos estos impulsos en diversos sentidos que los hechos producen en el juez, establecen una especie de lucha entre los motivos en pro y en

contra, y los que triunfan forman la convicción. La aguja de la balanza de la conciencia, por servirnos también de esta metáfora conocida, va y viene antes de fijarse, y sus movimientos establecen la proporción entre las razones de creer y negar los hechos en cuestión, Así, cuando las razones afirmativas la inclinan por su número y su peso, de tal suerte que ya no hay lugar ni aun a suponer como posible la negativa, adquirimos la convicción positiva al paso que si hay equilibrio quedamos en la duda.

La prueba, esta base de argumentación que cada una de las partes hace valer para atraer hacia sí la convicción del juez, la prueba, repetimos, puede según los casos presentarse bajo diferentes puntos de vista.

Preciso es considerar:

1 De una parte quien la propone o, lo que es igual, el que suministra los motivos determinantes de la convicción.

2 De otra parte, aquel ante quien se propone.

En el primer caso, la palabra prueba está tomada subjetivamente; designa los esfuerzos que la parte hace para fundar la convicción en el ánimo del juez, y ponerle en estado de decidir con toda certeza acerca de los hechos de la causa. En este sentido, prueba y administración de la prueba son sinónimos. Por

eso, mientras en lo civil las partes se esfuerzan en demostrar sus pretensiones, en lo criminal se ve procurando demostrar los hechos, a un acusador reemplazado en el proceso inquisitivo por un juez instructor que, en interés de la verdad, busca todos los vestigios materiales o inmateriales, los pone de manifiesto, si puede, tan luego como tienen relación con el cuerpo del delito, con el agente y su culpabilidad, o pueden contribuir a ilustrar la conciencia del magistrado llamado a dar la sentencia.

Entendida la prueba en relación con aquél ante quien se produce, viene esta palabra a ser sinónimo de certeza; tómase entonces objetivamente y comprende el conjunto de motivos poderosos que sirven para concluir con toda seguridad que son reales y efectivos los hechos de la inculpación.

Cuando en otro tiempo se hablaba de la prueba semiplena o de la semiprueba, no se miraba ésta sino bajo el aspecto subjetivo; y por el contrario, se tenía a la vista la prueba en el sentido objetivo cuando se decía: "un acusado, a falta de prueba, debe ser siempre absuelto".

Aplicada más especialmente la prueba a lo criminal, ofrece particularidades muy notables:

1 Se trata de demostrar la evidencia de hechos que pertenecen a

lo pasado; que, por consiguiente, no pueden ya someterse al examen material del juez en toda su pureza primitiva, y cuya realidad, en fin, no puede establecerse sino por vía de inducción, tomando como punto de partida los efectos, las señales características y toda especie de vestigios.

Aun en caso de delito facti permanentis, en el de muerte, por ejemplo, en tanto tiene importancia el examen, en cuanto permite hacer constar la existencia de un cadáver; pero el acto constitutivo del crimen no podría representarse delante del juez. El examen no le suministra sino datos de donde poder inducir que hay relación de causa entre ciertos hechos primordiales y la muerte de la víctima. En resumen, las fuentes de convicción que sirven al historiador para examinar la verdad de los hechos pasados son precisamente las mismas en que el juez funda la suya cuando trata de averiguar la existencia de un crimen y sus circunstancias.

2 Encuéntrase, por otra parte, en lo criminal dificultades mucho mayores que en lo civil.

En éste las partes se esfuerzan en demostrar los hechos constitutivos del vínculo de derecho que entre ellas existía; hacen comparecer a los testigos, expresamente llamados para que presenciaran las declaraciones de la contraria cuando se formó por

medio del contrato de la tal obligación, y presentan los documentos en los que constan sus recíprocos empeños; pero en lo criminal, el autor del delito ha tomado todas las precauciones imaginables para hacer imposible la prueba y borrar todos sus indicios. A propósito busca la oscuridad y aleja a los testigos cuyas declaraciones pudieran servirle de cargo.

3 En materia civil, se trata por lo regular de demostrar hechos que están dentro de la acción de los sentidos y que el testimonio moral puede fácilmente establecer; pero en lo criminal, el juez tiene que esclarecer circunstancias que los sentidos no advierten y que sólo salen del fuero interno.

La imputabilidad moral del acusado, la situación de su espíritu en el momento de delinquir, la lucidez de sus facultades intelectuales, la intención perversa y su intensidad, he aquí los objetos hacia los cuales es preciso dirigir los instrumentos de prueba; pero ni ésta podría considerarse comenzada por los medios aplicables en lo común a hechos exteriores ni adquirirse su certeza sino por vía de inducción.

4 Finalmente, queda todavía una particularidad que señalar: la misión especial del magistrado instructor es hacer que el acusado venga a confesar de lleno la verdad; así es, que suponiendo que se

aleje toda duda acerca de la verdad de su confesión, resulta para el juez que ha de fallar una garantía más en favor de su convicción; garantía que de otro modo es difícil adquirir; porque en efecto, cuanto más franco se muestra el delincuente en declarar respecto de los hechos de conciencia, más le perjudican sus palabras y menos se las dicta el interés; y, por otra parte, manifestando el secreto de todos sus pasos criminales, abriendo enteramente su corazón, proporciona al juez la facilidad de contrapesar, por medio de sus confesiones, las declaraciones recibidas en el proceso, las de los testigos, peritos u otras cualesquiera.

[DE LA PRUEBA Y SU VALORACION]³

JORGE ZAVALA BARQUERIZO

Estudiados los sistemas de valoración de la prueba, es oportuno recordar ciertos principios gnoseológicos a fin de poder comprender en forma precisa el planteamiento relativo a la prueba en nuestro procedimiento penal.

El conocimiento es la acción de conocer. El hombre conoce en tanto sujeto pensante, pero, a su vez, puede ser –y lo es en muchas

ocasiones– objeto de conocimiento. No es del caso entrar al estudio de los complejos problemas que encierra el conocimiento. Nos limitaremos a plantear el problema desde el punto de vista que nos interesa, es decir, desde el punto de vista jurídico, partiendo, como es natural, de los principios generales de la Teoría del Conocimiento.

El hombre aprehende la cosa conocida, la analiza mentalmente, esto es, la valoriza y luego concluye en la duda, en la opinión, o en la certeza. Este conocimiento, como es de suponer, varía en relación con la cultura, la inteligencia, en fin, la personalidad del sujeto que conoce. Pero lo importante para nosotros es que el sujeto que conoce pasa por tres etapas sucesivas para llegar al conocimiento completo del objeto conocido. Estas etapas son: percepción del objeto, análisis y conclusión. No olvidemos que, en muchas ocasiones, el individuo medio solo procede a la percepción del objeto y lo conoce tal cual es percibido, sin análisis, sin calificación. De allí surge el concepto sobre la existencia del objeto percibido y, por ende, "su" conocimiento sobre el mismo. Pero también debemos aceptar que el conocimiento así adquirido es propenso a la equivocación, al error. Sin análisis del objeto percibido se llega muy fácil al conocimiento parcial o errado del mismo. "Las apariencias engañan" es un refrán muy antiguo y universalmente aceptado. Quien juzga por apariencias está más cerca

del error que de la verdad. El planteamiento: percepción = conocimiento, debe ser reemplazado por este otro: percepción + análisis = conocimiento, para luego llegar a la fórmula simplificada: conozco, luego juzgo.

El conocimiento tiene sus fuentes: el razonamiento humano, el mundo físico y el mundo social. El primero nos entrega la verdad metafísica; el segundo, la verdad física; el tercero, la verdad histórica. Es verdad metafísica la que proviene del hombre, como los principios lógicos. La verdad física es la aprehendida por los sentidos, como un proceso químico, o un análisis anatómico; y, finalmente, la verdad histórica surge de la inter-relación de los hombres en la sociedad. El hecho histórico vive en el mundo social, y se transmite en función de ese mundo.

Dentro del conocimiento adquirido por cualquiera de las fuentes antes indicadas, el error puede influir de manera más o menos decisiva. Aún más, como dijera algún autor, ese error es de menos a más si ubicamos las verdades metafísica, física e histórica en su orden, pues dentro de la primera el error puede surgir sólo de la deficiencia del razonamiento, o en la elaboración del juicio humano; dentro de la segunda, el error puede surgir, además del razonamiento humano, de la deficiencia de los sentidos que aprehendieron el fenómeno; y, finalmente, dentro de las terceras, el error, además del vicio del juicio humano y de la deficiencia

sensorial, puede emanar de quien transmite el hecho histórico.

No todo lo que se conoce es verdadero; mejor dicho, la verdad existe; lo que puede ser falso es el juicio que el hombre se forma una vez concluida la percepción y el análisis de lo percibido. La conclusión, el juicio que el hombre se forma al respecto, su conocimiento sobre el objeto, puede ser falso, es decir, alejado de la verdad totalmente, o sólo parcialmente, esto es, alejado de la verdad únicamente en un aspecto del problema. Pero el hombre, además, puede ignorar determinado sector del cosmos (macro o microcosmos). La ignorancia significa el "desconocimiento" sobre una realidad. La ignorancia no es conocimiento ni parcial ni total del fenómeno. La ignorancia simplemente es un no-conocer. La verdad es lo que se conoce cuando el objeto conocido concuerda, está en relación completa con nuestro pensamiento, con el juicio que nos hemos formado sobre dicho objeto. En otras palabras, cuando el juicio que el sujeto pensante se ha formado sobre el objeto conocido concuerda con el mismo, con todos sus elementos, entonces decimos que ese juicio es verdadero.

Ahora bien, el hombre no sólo ignora o elabora juicios verdaderos o falsos como conclusión de un proceso de conocer. El hombre, a veces, se encuentra frente a un problema en el trance de no saber si la conclusión a que ha llegado es verdadera o falsa. Cree que tanto esa conclusión, como otra contraria, pueden ser verdaderas.

El hombre, entonces, duda; no tiene conocimiento pleno. El hombre duda en función subjetiva y cuando se objetiviza esa duda, entonces, se llama vacilación. El criterio no es definitivo, es vacilante, es subjetivamente dudoso.

Cuando el sujeto pensante cree que una conclusión es más probable que otra contraria, entonces, opina. La opinión, pues: no significa gnoseológicamente hablando, el resultado de un estado subjetivo radical del hombre frente al conocimiento de una cosa. En la opinión hay un margen de duda. Lo que sucede es que el hombre cree, por ciertas circunstancias, que una conclusión está más fundamentada que otra y por eso opina de ese modo; pero esto no quiere decir que no puede "cambiar de opinión" en el momento en que considere que esa conclusión primera ha perdido la fuerza lógica suficiente para ser mantenida y que más probabilidades de certeza tiene la posición contraria. La diferencia, pues, entre la duda y la opinión, radica precisamente en que en la primera, dos o más conclusiones tienen igualdad de probabilidades de ser ciertas sobre un número dado de posibilidades. En la duda, una u otra conclusión pueden ser posibles. La opinión, en cambio, es una conclusión apoyada por un número mayor de probabilidades de ser cierta, frente a otra conclusión que tiene menos probabilidad de certeza.

Cuando un hecho llega hasta nosotros con evidencia, con realidad

luminosa; cuando ha alejado de nosotros cualquier probabilidad contraria, entonces decimos que conocemos con certeza ese hecho. La certeza es el conocimiento pleno de una realidad.

Para los fines de nuestro medio es necesario saber cuál de esos estados subjetivos del titular del órgano jurisdiccional penal es aceptado como suficiente para declarar la existencia de una infracción y la culpabilidad de un acusado. Y por ello, contrariando ciertas opiniones nacionales, creemos que el titular del órgano jurisdiccional penal solo puede declarar jurídicamente cometido el delito y la responsabilidad penal del procesado cuando tenga la certeza de que uno (el delito) y otra (la responsabilidad) han existido. El juez no puede llevar a la sentencia ni opinión, ni duda. Si el juez creyera en la posibilidad de un delito, pero creyera también en la posibilidad de un no-delito; si el juez creyera que si bien pudo haberse cometido el delito, pero también existe la probabilidad menor que el delito pudo no haberse cometido, entonces, está obligado a declarar la inexistencia del delito. .. Lo mismo sucede con respecto a la declaración de culpabilidad. Pero, ¿cómo conoce el juez? El juez conoce el drama del delito y de sus autores a través de lo que se ha actuado en el proceso. Allí, en el proceso, escenario jurídico en donde se representan las tragedias humanas más dolorosas, el juez conoce de la existencia del delito y de la

culpabilidad del procesado. Pero las conoce a través de los medios de prueba. Es este el camino por el que el juez llega al estado subjetivo de la duda, de la opinión, o de la certeza. La prueba lo lleva a la conclusión positiva o negativa: sucedió o no el injusto; el procesado es culpable o no. No caben términos medios para el juez; su posición es radical. Si tiene la certeza de la existencia del delito, debe declararlo así; sin duda, debe declarar la inexistencia del delito. El procedimiento penal ecuatoriano no admite, no puede admitir que la duda de un juez pueda significar sólo la atenuación de la pena. La duda, necesariamente, debe desembocar en la absolución.

De lo dicho podemos afirmar que la prueba en el proceso penal es positiva o negativa. Lo primero, cuando la finalidad es llevar al juez a la certeza de la existencia de la infracción, o a la certeza sobre la culpabilidad de los acusados. Lo segundo, cuando establece la inexistencia del delito, o la inculpabilidad del acusado. Cuando los actos que se pretendieron probatorios no han llevado al juez a una u otra certeza, entonces podemos decir que no han cumplido la finalidad que pretendían.

Dijimos anteriormente que el proceso penal se inicia porque se ha cometido una infracción. Que ningún proceso penal se inicia por suponerse que se ha cometido una infracción. Ante un hecho que, objetivamente, puede ser incluido dentro de cualquiera de las

hipótesis penales creadas previamente por el legislador, el titular del órgano jurisdiccional está obligado –si se trata de una infracción pesquisable de oficio– de iniciar el proceso penal respectivo para imponer una pena a quien resultare culpable de dicha infracción. Pero la circunstancia de que objetivamente un hecho se presente como infracción no significa que jurídicamente debe ser considerado como infracción. Que un hombre mate a otro, objetivamente, es un delito, pero jurídicamente puede no serlo, pues si en la sustanciación del proceso penal se introducen los actos probatorios que establezcan que quien mató lo hizo, por ejemplo, en legítima defensa, entonces, ya no puede ser considerado ese acto concreto de matar como un delito. Pero el proceso penal estuvo bien iniciado pues se había cometido una infracción desde el punto de vista objetivo y era necesario imponer una pena a quien fuera autor de la misma. Pero si el juez, por medio de la prueba actuada, llega a la certeza que, jurídicamente, el delito no existió por faltar uno de los elementos constitutivos del tipo, entonces, tiene que absolver por no existir el delito.

Lo dicho nos lleva a tratar uno de los problemas más interesantes del derecho procesal, cual es lo que se conoce en la doctrina como la "carga de la prueba" y que estamos obligados a desarrollarlo en función del proceso penal ecuatoriano.

[LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL]⁴

ANTONIO Ma. LORCA NAVARRETE

Abreviaturas

LECr: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*

BJC: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*

C: *Constitución*

RA: *Recurso de Amparo*

STC: *Sentencia del Tribunal Constitucional*

LOPJ: *Ley Orgánica del Poder Judicial.*

No cabe duda de la importancia que tiene la prueba en el proceso penal. Básicamente es el acto central del juicio y en gran medida sus sesiones giran todas ellas en torno a la práctica de la prueba. Su trascendencia estriba en que en base a la prueba practicada podrán articularse las premisas fácticas de la Sentencia. Por tanto, la apreciación de las pruebas practicadas según la conciencia del Juez o Tribunal (art. 741 LECr), va a ser un elemento decisivo para dictar sentencia. Juntamente con esa apreciación, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los mismos procesados culminará la génesis de la sentencia misma (art. 741 LECr).

Pero para que la prueba practicada pueda pasar a la sentencia es preciso y conditio sine qua non que la prueba se haya practicado precisamente en el juicio porque como tiene señalada la STC de 28 de julio de 1981 (RA 23) en BJC, 1981-6, para que un elemento pueda ser considerado como prueba hace falta que efectivamente se haya realizado una mínima actividad probatoria de la que pueda deducirse culpabilidad del acusado y hace falta que esa actividad se realice dentro del propio Tribunal penal (secundum allegata et probata), porque las pruebas a que la LECr se refiere (art. 741 LECr) son «las pruebas practicadas en el juicio». Y es al Tribunal

Constitucional a quien corresponde estimar la existencia de tales presupuestos en caso de recurso, pues sin ellos cabría pensar en la desvirtuación del principio de presunción de inocencia, añadiéndose, por lo demás, que las declaraciones realizadas por detenidos ante ta policía tienen sólo «valor de denuncia» y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral, es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.

El acarreo pues de pruebas materiales en el sumario prepara, con relación a determinados medios de prueba, la actividad probatoria del juicio, pero ni la suple ni la adelanta, de modo que los actos reales mediante los cuales el Juez instructor reúne esos objetos para su ulterior examen o inspección, aunque se hagan con vista a la prueba, no son en sí actos de prueba.

De otro lado, la necesidad de la actividad probatoria se conecta con el respeto a la presunción de inocencia (art. 24.2 C) que según STC 62/1985, de 10 de mayo (Sala 2.a), en recurso de amparo 213/1984 (RA 326), ponente magistrado Jerónimo Arozamena Sierra en BJC, 1985-50, quiere decir que en el proceso penal se debe partir de la inocencia del acusado, incumbiendo a los que acusan la aportación de las pruebas incriminatorias demostrativas de la culpabilidad del acusado. Pero la valoración de estas pruebas (art. 741 LECr) no es algo que pertenezca al campo del amparo constitucional, sino a la exclusividad jurisdiccional del Juez y Tribunal de la causa, que tiene su primaria afirmación constitucional en el artículo 117.3 de la Constitución. No es propio de un proceso de garantías constitucionales, como es el amparo, realizar un nuevo análisis de las pruebas practicadas en el proceso judicial, al modo de una renovada valoración, sino que su función se contrae a controlar si la apreciación fáctica se ha realizado sobre pruebas traídas al proceso, cumpliendo las

esenciales y debidas garantías de tal actividad.

I. En cuanto a las reglas que presiden la valoración de la prueba en el proceso penal es preciso señalar que son:

- investigación de la verdad real;
- libre convencimiento del juez;
- pertinencia y necesidad de la prueba.

A) Por lo que se refiere al principio de la investigación de la verdad real concierne a la producción, introducción y asunción de la prueba no sólo en cuanto a su objeto, sino también en cuanto a los medios de pruebas. El Juez penal a diferencia del civil tiene extensos poderes. Por consiguiente no existe un poder dispositivo de la parte en cuanto a la prueba en el proceso penal ni tampoco por supuesto una regina probandi que sobresalga sobre el resto de los medios probatorios.

Es más y en ese sentido no cabe duda que la regulación de la materia probatoria es diversa en los procesos civil y penal, en función de los distintos principios que imperan en uno y otro tipo de procesos. Mientras la prueba civil se polariza en torno a los hechos alegados por las propias partes, la prueba penal pretende conseguir la total investigación de la verdad, sin que las partes puedan en ningún momento limitar ese objetivo en favor de una verdad formal y ello a pesar de que en el juicio oral el principio es según el artículo 728 LECr, que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes (art. 656 LECr). Pero se establece a continuación, en el 729 LECr, la excepción de la admisibilidad de oficio del careo de testigos con los procesados, así como las diligencias de prueba no propuestas por las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

B) En cuanto al principio de libre convencimiento del Juez

(art. 741 LECr) es el que más directamente incide sobre la valoración de la prueba, en el sentido de que el Juez no se encuentra entre reglas rígidas de valoración ni tampoco con preceptos que le digan cómo tiene que valorar la prueba.

Toda prueba, ya se halle referida a la acusación como a la defensa, debe ser libremente valorada. De cualquier tipo de fuente de prueba el Juez puede formar su libre convencimiento.

Esta libertad en la apreciación de la prueba ha sido también proclamada por jurisprudencia del Tribunal Supremo diciendo que, contra la apreciación del Tribunal sentenciador, con la libertad de criterio que la Ley otorga, no se da el recurso de casación, pues-no cabe señalar ninguna infracción legal cuando el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la apreciación de la prueba, según el contexto literal y terminante del artículo 741 LECr.

C) Por último, es preciso distinguir para la prueba entre pertinencia y necesidad de ella o, lo que es lo mismo, entre su aspecto objetivo que guarde relación con los hechos sometidos a juicio, o *thema decidendi*, y el aspecto funcional, esto es, que sea relevante para el resultado del juicio. Y esta distinción, implícita en el artículo 659 LECr, es posible localizarla ya expresamente en la prueba testifical, pues, junto al precepto citado en orden a su genérica pertinencia (reiterado para el procedimiento de urgencia por el art. 799 LECr), se declara por el artículo 746.3 LECr que la suspensión del juicio oral por incomparecencia de los testigos opuestos por las partes procederá cuando «el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos». Por ello, la pertinencia y la necesidad de la prueba son conceptos distintos, que afectan a momentos procesales diferentes y en los que se advierte una gradual exigencia lógica, pues si pertinente es lo oportuno y adecuado, necesario quiere decir tanto como indispensable y forzoso; de suerte que no existe contradicción en la hipótesis antes contemplada cuando un Tribunal admita determinada prueba testifical por juzgarla oportuna y

luego, ante los obstáculos que se ofrecen para su práctica, prescindir de ella como innecesaria y lleve adelante el juicio sin acordar la suspensión solicitada por la parte y no obstante concurrir todos los requisitos formales exigidos para su admisión (arts. 656 y 657 LECr) y práctica (lista de preguntas que hubiera de dirigir al testigo incomparecido a fin de percatarse de su relevancia el Tribunal a quo y, en su caso, el de casación, de acuerdo con doctrina jurisprudencial constante y pacífica). Por último, y para determinar si una prueba es necesaria o contingente, debe tenerse en cuenta si la misma ya se produjo en la fase sumarial, causas que motivan su imposibilidad de práctica en el plenario –con la salvedad prevista en el artículo 718 LECr para el caso de que el testigo resida en el lugar del juicio– y, sobre todo, si puede ser suplida por la práctica de las demás probanzas igualmente previstas, alejando así el peligro de indefensión para la parte, verdadero leitmotiv de la regulación procesal y de su denuncia en casación en cuanto fundamento común a todos los errores in procedendo.

II. Mientras que en proceso civil el mismo recibimiento del pleito a prueba requiere petición de parte, o lo que es lo mismo, la voluntad de los litigantes puede excluir que se abra al término probatorio, sin el cual ningún acto de prueba puede realizarse, de modo que sobre los hechos necesarios de prueba se haga o no prueba, es algo que concierne decidir a las partes pero no al Juez, en cambio en el proceso penal ni las partes pueden excluir que se entre en la prueba y que se haga, ni pueden, mediante sus alegaciones y admisiones, vincular al Tribunal a la fijación de un hecho como dado.

Ahora bien, ¿existe carga de la prueba en el proceso penal? En principio la idea de carga de la prueba es consustancial al principio dispositivo. Por consiguiente, no se debe hablar de ella en un proceso como el penal donde tal principio no rige. Contra este argumento cabría objetar que la función específica de las normas sobre la carga de la prueba es hacer frente a la situación de indeterminación e incertidumbre que en todo proceso puede

presentarse, en el momento de fallar: quien no probó teniendo la carga de hacerlo deberá por tanto ser condenado en la sentencia. Pues bien, en el proceso penal el problema del hecho incierto se presenta de un modo radicalmente diferente que en proceso civil. Por ello no cabe hablar de distribuir equitativamente entre las partes la carga de probar que resulte de la indeterminación de los hechos. De ahí que la función que cumple la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil la asume en el penal el principio *in dubio pro reo*. Lo cual significa que, en caso de duda, hay que preferir la impunidad de un culpable a la condena de un inocente. Por lo demás, se trata de una consecuencia indudable del principio *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*, base de todo el Derecho penal moderno. Si se castigara a aquel cuyo delito está incierto, tan sólo porque ha omitido o no ha podido hacer con éxito la carga de la prueba del hecho impositivo o extintivo, la omisión o el fracaso de la prueba exculpatoria se convertiría en un equivalente judicial del delito.

Por el principio *in dubio pro reo*, el Juez penal no puede condenar por un hecho que, según su libre convencimiento, es posiblemente no punible. Existiendo indeterminación o duda sobre la concurrencia de una circunstancia que exima de la pena, el resultado jurídico es la absolución, no la condena.

III. Por último, y antes de pasar a hacer referencia a los medios de prueba que particularmente considerados son aludidos por la LECr y cuya práctica es posible llevar a cabo en el juicio oral, es preciso aludir a la llamada prueba indiciaria. En el Derecho romano el término *indicium* se asimilaba a denuncia, al menos originariamente, y lo cierto es que no carecía de justificación esa asimilación, ya que la acepción común del término indicio, que no se aleja demasiado de la jurídica, lo define como una circunstancia cierta de la cual se puede sacar por inducción lógica una conclusión acerca de la subsistencia o la insubsistencia de un hecho necesitado de prueba. El indicio puede ser por tanto *argumentum demonstrativum delicti et auctoris* como *argumentum demonstrativum innocentiae*. En consecuencia y sin llegar

a la minuciosidad descriptiva de las tabulae indiciorum, de la época medieval, se pueden delinear los puntos claves del procedimiento lógico indiciario comúnmente aceptado. Son esos los siguientes:

- a) Certeza e univocidad de la circunstancia indiciante y que le distinguen de la conjetura, suposición o sospecha.
- b) Rigor lógico deductivo. La deducción del hecho desconocido del hecho conocido debe ser rigurosamente lógica.
- c) Investigación de la causa y otorgar a la misma la justa importancia.

En consecuencia, el indicio se diferencia de la presunción en que el indicio es el hecho cierto y la presunción la operación mental que, fundada en la experiencia o en el sentido común, obtiene la conclusión que sirve de medio de prueba.

Desde el punto de vista procesal nuestra LECr según el principio de la libre convicción: «apreciando según su conciencia» (art. 741 LECr), otorga un valor probatorio mayor o menor según el tipo de relación que la prueba indiciaría y/o de presunciones presente entre el hecho incierto/cierto y el rigor lógico deductivo.

En concreto, y respecto a la presunción como tal, cobra particular importancia la de inocencia, que según la STC de 21 de julio de 1986 (ponente Sr. De la Vega Benayas, en La Ley, 631-TC de 1986), una vez reconocida por el artículo 24.2 CE, ha pasado de ser un principio general del Derecho a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y exige, para ser desvirtuado, una mínima actividad probatoria, producida por las debidas garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda producirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado. De aquí que las pruebas válidas y que

contengan elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en el hecho, también objetivamente acreditado, aun cuando sean mínimas, si resultan suficientes, pueden destruir la presunción inris tantum de inocencia, correspondiendo al TC examinar si se ha dado en el proceso aquel presupuesto objetivo de existencia de una mínima actividad probatoria, producida por las debidas garantías y que, siendo de cargo, es decir, incriminatoria para el inculpado o procesado, pueda desvirtuar la presunción de inocencia, permitiendo la condena tras la apreciación judicial probatoria, independientemente de su mayor o menor acierto, en cuanto ello constituye competencia jurisdiccional (art. 117.3 CE) exclusiva y excluyente. Por ello, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal es plenamente válido y correcto, siempre que se parta del presupuesto objetivo de la existencia en el mismo proceso de diligencias o actuaciones probatorias practicadas con las básicas garantías procesales, es decir, válidas también.

IV. En cuanto a los diversos medios de prueba que pueden hacerse valer en el juicio oral a diferencia de lo que sucede para el proceso civil, en el que es posible encontrar una enumeración cerrada de medios de prueba, en el proceso penal en cambio rige la más absoluta libertad en la adopción de los diversos medios de prueba. Esto es, que no existe una enumeración cerrada en medios probatorios, lo que posibilita en principio que el Tribunal penal pueda situarse ante los mismos con plena libertad, sin sujeciones a una legalidad probatoria clausurada ya a priori en cuanto a medios. No obstante, cabe distinguir los medios de prueba personales de los reales.

Entre los primeros, se hallan el interrogatorio del imputado, los testigos y la pericia y tienen por objeto personas. De entre los segundos, hay que aludir a la prueba documental y a la inspección ocular y tienen por objeto cosas. Tanto unos como otros serán objeto de estudio detallado a propósito del examen que se haga del

proceso penal ordinario por delitos.

No obstante, y como caracteres particulares de cada uno de esos medios de prueba, se pueden señalar los siguientes:

1. Que al interrogatorio del imputado, la LECr le llama incorrectamente «confesión». El acusado no confiesa se conforma según la LECr. Sí en cambio confiesa el responsable civil.

2. Que respecto de los testigos, la importancia de éstos en el proceso penal es grande a diferencia del valor que a igual medio de prueba se atribuye en el proceso civil. De algún modo y como se ha dicho con razón mientras el proceso civil es el reino del documento, el penal lo es del testimonio. Señalando la STS de 12 de noviembre de 1986 (ponente Sr. Rodríguez López, en La Ley, 8325-R de 1987) que la identificación del delincuente no ha de ser única y exclusivamente por el reconocimiento de rueda de presos, pues este medio, regulado en el artículo 368 LECr y en el artículo 785.1 de la misma Ley con carácter mucho más liberal para el procedimiento de urgencia, no es preceptivo, ya que sólo procede cuando hay dudas sobre la identidad y lo cree conveniente el Juez o lo pide la acusación o el inculpado (cfr. TS 2.a, S 21 abr. 1986), de modo que la identificación del delincuente mediante rueda de presos es una diligencia propia de la investigación sumarial, inidónea y atípica en el plenario (cfr. TS 2.a, SS 7 dic. 1984 y 21 abr. 1986) y que ante la realidad social de la inseguridad ciudadana, y las represalias, incluso mortales, contra las personas que hacen el reconocimiento en rueda de delincuentes, es válido éste cuando se hace por medio de fotografías (cfr. TS, SS 10 mar. 1983 y 3 mar. 1986).

3. En cuanto a la pericia, decir que se sigue manteniendo también en el proceso penal el controvertido tema de su naturaleza jurídica, de si es un medio de prueba más o se trata de un auxilio técnico del Juez en la fase plenaria.

4. Por lo que se refiere a los medios reales de prueba, lo importante es reseñar que recaen sobre cosas. Unas en la propia sede del Tribunal y se estaría en la prueba documental propiamente dicha y en otras ocasiones fuera de la sede, lo que obliga a realizar la inspección ocular.

5. Por último, hay que aludir a la utilización en el proceso penal de medios técnicos de constatación y reproducción siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad; como pueden ser las cintas magnetofónicas y el vídeo.

En esa línea de admisión de tales medios técnicos, aunque aludiendo sólo a las cintas magnetofónicas se halla el artículo 308 del CPP francés, que ha sido adicionado por la Ley 81/82, de 2 de febrero de 1981, con los párrafos siguientes: «Sin embargo, el Presidente de las Cour d'Assises puede ordenar que los debates sean objeto de una grabación sonora, bajo su control». En tales casos, «las cintas de tales grabaciones son selladas y depositadas en la Secretaría de la Cour d'Assises», de modo que «la grabación sonora puede ser utilizada ante la Cour d'Assises hasta el pronunciamiento de la Sentencia; si lo es en el curso de la deliberación, son aplicables las formalidades previstas en el párrafo tercero del artículo 347. La grabación sonora también puede ser utilizada ante la Corte de Casación que conoce de una demanda de revisión, o bien, ante la jurisdicción de reenvío, en lo que concierne a declaraciones de personas que ya no pueden ser oídas». En todo caso «los sellos son levantados por el primer Presidente o por un Magistrado delegado por él, en presencia del condenado asistido de un abogado, o de los mismos, debidamente llamados, o en presencia de una de las personas enumeradas en el artículo 623-3 o las debidamente llamadas. Tras la presentación de lo sellado, el primer Presidente ordena que se proceda por un experto o transcribir la grabación y es unida a los autos. Las

disposiciones supra, citadas, no están sujetas a pena de nulidad del procedimiento».

Esta nueva disposición es interesante pero podía ser calificada de insuficiente, ya que en ocasiones no basta con reproducir la voz humana o ruidos, sino que es necesario (preciso) atender a los «gestos», y para ello sería preciso el vídeo.

Por lo demás hay que tener en cuenta que ya para el proceso civil la utilización de medios técnicos aplicados al proceso se consagra el llamado modelo de Stuttgart. En esta localidad alemana se generalizó por razones de economía procesal, que el Tribunal trabajase sobre la base de cintas magnetofónicas.

El «Modelo de Stuttgart» lanzado por la Sala de lo civil número 20 del Landgericht de dicha ciudad (que ha penetrado en la Zivilprozessordnung de la República Federal de Alemania a través de la «Novela de Simplificación»), apareció como consecuencia de una obra del profesor Fritz Baur, Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess (Berlín, Walter de Gruyter & Co. 1966), por la que se trataba fundamentalmente de trasladar el tipo de enjuiciamiento penal que se utilizaba ya en Alemania al campo civil.

Por su parte, y fuera de la LECr, la LOPJ acoge ya plenamente la utilización en el proceso de cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad (art. 230 LOPJ).

[ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA
ILÍCITAMENTE OBTENIDA]⁵

VICTOR ALFONSO DOBLES OVARES

I. PREFACIO

El Código Procesal Penal, que entró en vigencia el primero de enero de 1998, introdujo una nueva regulación sobre la prueba ilícitamente adquirida.

En él, el Libro III, Medios de Prueba, del Título I, contiene las Disposiciones Generales sobre los Medios de Prueba, /as que instituye en cinco artículos, destinados, por su orden, a: Objetividad, legalidad de la prueba, libertad probatoria, admisibilidad de la prueba y valoración. Esos artículos están comprendidos desde el 180 hasta el 184. Ese apartado debe vincularse inexorablemente en el Título II, destinado a la Actividad Procesal Defectuosa, del Libro II, Actos Procesales, del mismo cuerpo normativo, el cual comprende los artículos 175 a 179. Este breve trabajo trata, a la luz de la regulación vigente, dos cuestiones de gran importancia. Por una parte, ¿cuándo, a la luz de la normativa vigente, ha de considerarse una prueba como ilícitamente obtenida?; y, por otra, ¿qué efectos procesales conlleva que la prueba se obtenga mediante una trasgresión normativa? Estas preguntas, a la vez, nos llevan necesariamente a formular otras dos: ¿Son admisibles desde una perspectiva constitucional moderna? y ¿en qué casos y con qué garantías y límites?

Estas interrogantes deben ser analizadas dentro del marco que domina a la redacción de esas normas y las respuestas que demos a ellas, serán, en todo caso, materia de la interpretación de aquellas. Del mismo modo, por ser esas normas el objeto de la interpretación, será la interpretación que reciba, la que determinará sus alcances y sus contenidos. Esto es importante de

tenerlo en cuenta, pues si bien existe el principio de la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico, consagrado, en particular, por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; no menos cierto lo es que, este nunca puede perder de mira, que, al interpretar, para armonizar, el principio de la seguridad jurídica no debe resultar comprometido. Lo anterior, sin dejar tampoco de advertir que en nuestro derecho: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vigentes erga omnes, salvo para sí misma.

Y, en particular, los fallos de la Sala Constitucional acerca de la prueba ilícitamente obtenida, han mostrado, una tendencia oscilatoria desde una y hacia otra tesis, sin que, desde su creación y hasta nuestros días, haya tenido predominancia manifiesta una sobre la otra. Esta tendencia queda demostrada sobre la base de una reseña a los principales votos sobre el tema, la que se hace en el aparte primero de este ensayo.

En menor grado, los fallos de la Sala Tercera muestran, en tema de la prueba ilícitamente obtenida, una mayor rigurosidad en el mantenimiento de la uniformidad resolutoria, aunque sin estar exentos de oblicuidades que no pasan desapercibidas al análisis.

Así, el haberme decidido por escribir, centrado fundamentalmente en lo exegético, algunas reflexiones sobre el tema.

II. UNA MIRADA POR LA LEGISLACIÓN PROCESAL ANTERIOR Y A LOS FALLOS QUE BAJO SU VIGENCIA SE ORIGINARON

Durante el imperio del Código de Procedimientos Penales, Ley No. 5377 del 19 de octubre de 1.973, fue pacífica la tesis que en materia procesal penal todo se podía probar y por cualquier medio que fuere lícito. Esta máxima se desprendía del otrora artículo 198 de aquel código, instituyente al mismo tiempo del principio de la libertad probatoria y de las limitaciones sobre la prueba norma la cual era común también a otras legislaciones latinoamericanas, tales como, la de Entre Ríos (art. 213), Córdoba (art. 215) y Comentes (art. 214) y que presentaba una marcada influencia

procedente del Derecho Procesal Penal italiano.

Sin embargo, de la norma en sí, ni de su conjunción con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, se derivaba cuándo una prueba era considerada como ilícitamente obtenida, ni qué efectos aparejaba que una prueba hubiere sido producida mediante un quebranto normativo.¹³ Esa fue labor que le correspondió desarrollar tanto a la Sala Tercera (Sala de la Casación Penal) como a la Sala Constitucional, ambas de la Corte Suprema de Justicia.

En nuestra legislación eran - y son - pocas las normas constitucionales que regulan las limitaciones de fundar la convicción jurisdiccional en una prueba obtenida a pesar de una prohibición. Entre ellas se encontraban - y se encuentran - el artículo 24 de la Constitución Política, que instituye el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación y el artículo 40 de ella, destinado a la declaración obtenida mediante la violencia.

Luego de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de 1973,¹⁵ norma que permitía la intervención de las llamadas telefónicas, la Sala Constitucional, en relación con el valor probatorio de las actas en las que constaban las transcripciones de las escuchas telefónicas, sostuvo que, aún utilizando la teoría de la supresión hipotética, en cuanto a las intervenciones telefónicas, un testimonio y un acta de decomiso, eran suficientes pruebas para legitimar, al amparo de los artículos 37 y 44 de la Constitución Política y 286 y siguientes del Código de Procedimientos Penales, la detención del imputado.

Poco después, afirmó también que, la prueba ilegítimamente obtenida no tiene por sí capacidad probatoria, pero en relación con otra prueba no la desmerita para demostrar los hechos atribuidos.

Corolario de la tesis anterior fue, para todas aquellas causas penales que se tramitaban al momento en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimientos

Penales de 1973 y tenían por prueba una intervención de una escucha telefónica, que mientras existieran otros medios probatorios, no relacionados directamente con la intervención telefónica, las restricciones acordadas a la libertad del justiciable no devenían ilegítimas.

Así, la tesis de la mayoría de los integrantes de la Sala Constitucional, en relación con la admisibilidad y la validez de la prueba vinculada con la prueba ilegítima, se inclinó hacia una posición relativa y acogió la teoría de la fuente independiente, la cual puede sintetizarse en términos que: la prueba causada conserva su validez en tanto no tenga como origen a la ilegítima.

A pesar de la anterior posición, los fallos de la Sala Constitucional fueron pendulares. Tanto en el voto No. 540-91 como en el 885-91, sostuvo que en tanto la prueba ilícita sea "... determinante de una resolución del juzgador para procesar al imputado, tal prueba contamina el proceso y causa la nulidad de lo actuado y resuelto en él, al no existir otros elementos probatorios en la causa penal." En estos dos fallos la Sala consideró que la prueba derivada también era ilícita (y por ello, de conformidad con la terminología de la época, nula); con lo cual, para estos dos casos, se constata una toma de partido por la teoría de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), según la cual los efectos del vicio se extienden hasta la prueba relacionada.

Asimismo, en el voto sobre el contenido del debido proceso, la Sala Constitucional acogió la teoría de los frutos del árbol envenenado y dijo al respecto: "... ya 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 no parece haber ninguna discusión -, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio."

Desde un mismo derrotero la Sala Constitucional ha sostenido que la legitimidad de la prueba constituye un elemento del debido proceso, y que los medios para obtenerla y su valoración integran también el debido proceso; de donde se sigue que se quebranta el debido proceso si la sentencia condenatoria se fundamentó en prueba ilegal o espuria, o cuando la sentencia se motivó en las manifestaciones de los imputados tomadas por medio de los oficiales policiales.

Por su parte, la Sala Tercera, mutatis mutandi, se ha adherido a la posición relativa, denominada de la fuente independiente y al respecto ha dicho "... las declaraciones anuladas sí lesionaban en la etapa de investigación policial, los derechos de los imputados y por disponerlo así expresamente la Constitución Política, el medio de prueba era inaceptable, lo que ha encontrado remedio ante el mismo juzgado de instrucción. Ahora bien, respecto a la demás prueba recabada y llevada al expediente, la misma es autónoma en tanto tenga existencia probatoria propia y se haya logrado por diferentes medios de verificación, por lo que mantiene su capacidad probatoria."

Tras nueve años de vigor del Código Procesal Penal, la oscilación resolutoria que fuera observada durante la vigencia del código derogado, se ha mantenido hasta la fecha, como lo han comprobado en un reciente trabajo los profesores Mario Alberto Porras Villalta y Rafael Ángel Sanabria Rojas.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES EXEGÉTICAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL VIGENTE CÓDIGO PROCESAL PENAL

El primer artículo que encabeza el Título I, Disposiciones Generales, del Libro III, Medios de Prueba, intitulado, por interpretación contextual auténtica, objetividad, del Código Procesal Penal, instituye la búsqueda de la verdad como fin del proceso, desde los medios de prueba permitidos. Con él, el articulado, desde su inicio, asume una clara y decidida posición con respecto a la exclusión plena del proceso de los medios

ilícitos; medios, los cuales, el propio articulado ejemplifica: la tortura; el maltrato; la coacción; la amenaza; el engaño; la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados; y la información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona.

Así, los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. Todo lo cual se compendia en la expresión de la máxima de la libertad probatoria: Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido salvo prohibición expresa de la ley.

Por tanto, no hay duda que el articulado del Código Procesal Penal erige el principio según el cual toda prueba obtenida ilícitamente, aunque se encuentre en los autos, no debe quedar incorporada a ellos, cuanto que no debe, mucho menos, ser adquirida por el proceso. Sin embargo, si ello pasare, al haber el Código establecido la regla expresa sobre la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, la cual deriva de la posición prevaleciente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su indiscutida condición de inviolables, pues una actividad jurisdiccional como lo es la probatoria no puede practicarse con vulneración de las normas protectoras de los Derechos Fundamentales; lo debido procesalmente, al amparo del principio general sobre la actividad procesal defectuosa, regulado por el artículo 175, en relación con el párrafo primero del artículo 181, es la abstención de valoración de la prueba prohibida, por el órgano jurisdiccional sentenciador.

Constituye, por lo consiguiente, un claro supuesto de abstención de valoración de la prueba prohibida, de conformidad con el tenor del artículo 175 en relación con el párrafo primero del artículo 181, toda aquella prueba ilícita que pudiera haberse introducido

al proceso mediante el quebrantamiento de las garantías constitucionales; tales como, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, o la confesión arrancada mediante torturas. Ello resulta así y no de otra forma, por cuanto, si bien el juez estructura con libertad su convicción dentro del ámbito del proceso; no menos cierto es que, dentro de ese marco sólo puede incluirse lo que está legítimamente permitido en él.

Es manifiesto que, en nuestro ordenamiento, desde la existencia de una norma específica, que, en tesis de principio, rotundamente prohíbe la utilización de la prueba ilícita para fundar la sentencia condenatoria, cuando los actos han sido realizados, con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código, no surgiría la pregunta de si, en algún supuesto, los resultados de la prueba obtenida con inobservancia de las condiciones de su producción, pueden ser valorados; si la misma norma no abriese la posibilidad de la excepción, como lo hace al establecer que: "salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales."

Sin embargo, una interpretación integral del articulado sobre la actividad procesal defectuosa y es la tesis que proponemos, lleva a la indubitable conclusión, que únicamente los defectos subsanables son los relativos y nunca los absolutos; puesto que: a) Únicamente es para los defectos relativos que la normativa de referencia exige la protesta y la propuesta de solución correspondiente; b) Exclusivamente son los defectos relativos los que son susceptibles de convalidación; y c) Antonomásticamente, el saneamiento, entendido como renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, solo puede ser posible para los defectos relativos. De donde se sigue que, los defectos relativos, al ser susceptibles de convalidación, una vez subsanados, pueden ser, por permitirlo de tal modo nuestra legislación, valorados y advenir aptos para motivar la sentencia, tanto condenatoria como absolutoria.

Si la tesis que proponemos y defendemos fuere combatida desde la teoría del ámbito de los derechos, no hemos de perder de vista que tal recurrencia teórica puede importar el desfortalecer las garantías del imputado; pues, el acusado tiene el derecho a que no solo sean observadas las disposiciones establecidas especialmente para su protección, sino también a que el principio de acatamiento de las formalidades sea respetado siempre. Por tanto, también las violaciones a las formalidades judiciales afectan su ámbito de derechos y pueden justificar válidamente una prohibición de valoración.

Asimismo, no puede soslayarse la muy cuestionable disposición instituida en el párrafo segundo del artículo 181, según la cual: "A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas."

Esta norma encuentra su génesis de inspiración en el artículo del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica,⁴⁸ cuyo principal redactor fue Julio Maier y ha sido justamente criticada por Javier Llobet por no ser acorde con el Derecho Comparado ni con la doctrina mayoritaria; que, en general, han rechazado la utilización, incluso a favor del imputado, de cualesquiera modalidades de los métodos de interrogación que degraden a la persona a la condición de un mero objeto.

En suma, la consecuencia de la introducción al proceso de la prueba ilegal, pues nunca podría hablarse de su 'admisión', es su absoluta invalidez probatoria; salvedad, del supuesto de subsanación⁵⁰ y como muy dudosa y controvertida 'manifestación' del principio de proporcionalidad en el derecho de defensa y del principio pro reo, y mientras no sea declarada la norma que lo permite como inconstitucional, de toda aquella prueba obtenida ilícitamente que favorezca al imputado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN Y TOMA DE POSTURA

Lamentablemente el artículo 181 del Código Procesal Penal es derecho vigente y desde el sistema del código y de conformidad con la tesis que hemos sustentado, resulta claro que colisiona flagrantemente con el conjunto de las normas constitucionales que hemos referido en este ensayo. No podría pedírse nos, desde el principio de la conservación de las normas, que a la hora de aplicarla la interpretáramos a la luz de los artículos 1, 23, 24, 33, 36, 39, 40 y 41 de la Constitución Política; pues una norma estructurada inconstitucionalmente, no puede ser convertida por el juez en constitucional, porque el juez es juez y no legislador.

De lo expuesto, es notorio que el articulado del Código, tal y cual está redactado, no nos resuelve el problema que se presenta en todos aquellos casos en los que, como derivación de una prueba obtenida ilegalmente, se ha producido otra que, vista aisladamente, es una prueba lícita; v. gr., cuando a través del empleo de la tortura sobre el cuerpo de un testigo -caso límite- se haya descubierto a otros testigos, se haya logrado la aprehensión del justiciable y su reconocimiento jurisdiccional por ellos, y se haya, a la vez, alcanzado el decomiso del arma homicida. El medio está prohibido y, a pesar de ello, se produjo fuentes de prueba: ¿Cuál es el camino a seguir? ¿Excluir del proceso todos esos medios probatorios, tanto los ilícitos como también los que, siendo lícitos considerados separadamente, se obtuvieron a causa del uso de medios ilícitos?

El Código no indica el procedimiento a seguir, por lo que este tópico quedará librado a la interpretación que nuestros altos tribunales den a la normativa en mención. Por nuestra parte, hemos expuesto cuál es, desde la interpretación sistemática que hemos realizado, el camino a seguir.

Cualesquiera que resulte ser la futura interpretación que nuestros altos tribunales den a las normas del Código Procesal Penal y a

los problemas que subyacen a ellas, es importante dejar claro, desde ahora, que, la interpretación debe ser desde las raíces y principios de nuestra Carta Magna; por lo que no bastará con prescindir de la declaración de quien, por tales violencias, dio la información que condujo a los otros medios probatorios. Pues de tomarse partida por esta forma de 'solucionar' la situación, se estaría sin más, dicho sea con el mayor respeto, pero en apego a lo más íntimo de nuestras convicciones, cohonestando una farsa procesal. Sería indispensable, desde nuestra postura, prescindir de todo el material probatorio obtenido como consecuencia de la violación de los derechos constitucionales o legalmente garantizados; porque, de lo contrario, estaríamos negando el valor del proceso penal como garantizador de los Derechos Humanos.

FUENTES CITADAS:

1 Carlo Furno. TEORÍA DE LA PRUEBA LEGAL. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1954. pp. 169-174.

2 Karl Joseph Anton Mittermaier. DERECHO PROBATORIO. PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL. Vol .3. Editorial Jurídica Universitaria. 2001. México. Pp 29-31

3 Dr. Jorge Zavala Barquerizo. EL PROCESO PENAL. TOMO II. Editorial Edino Jurídico. 1989. Bogotá Colombia. Pp. 21-25.

4 Antonio Ma. Lorca Navarrete. DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Tecnos S.A. Segunda Edición. 1988 Madrid. Pp. 202-208

5 Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. II TOMO. En: IX Parte Consideraciones sobre la Regulación de la Prueba Ilícitamente Obtenida. MSc. Víctor Alfonso Dobles Ovares. Primera edición. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. CR. 2007. Pp.1033-1040.

Nota: la página web de la Asociación de Ciencias Penales de C.R. Es: www.cienciaspenales.org