

Informe de Investigación

Título: Prueba lícita
Subtítulo: Prueba ilegal, prueba espuria

| | |
|---|--|
| Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal. | Descriptor: Medios Probatorios en Materia Penal. |
| Palabras clave: Prueba ilícita, Prueba espuria, "Testigo sospechoso", Validez de la prueba, Garantías procesales. | |
| Fuentes: Jurisprudencia. | Fecha de elaboración: 03 – 2011. |

Índice de contenido de la Investigación

| | |
|--|----------|
| 1 Resumen..... | 2 |
| 2 Jurisprudencia..... | 2 |
| a)Prueba ilícita: Definición, alcances para con el debido proceso y diferencias con la cadena de custodia de la prueba..... | 2 |
| b)Prueba espuria: Consideraciones acerca del concepto de "testigo sospechoso"..... | 3 |
| c)Prueba espuria: Incorporación ilegítima de intervención telefónica..... | 6 |
| d)Cadena de custodia de la prueba: Irregularidad en su manejo por sí sola no acarrea nulidad..... | 15 |
| e)Cadena de custodia de la prueba: Grave irregularidad en su manejo por sí sola no acarrea nulidad..... | 16 |
| f)Prueba espuria: Definición y consideraciones acerca de validez de la prueba relacionada con probanzas ilegítimas..... | 16 |
| g)Prueba espuria: Declaración ante policía sin respetar garantías procesales..... | 17 |
| h)Prueba espuria: Sustracción de evidencia por parte de la víctima está autorizado por auto tutela en caso de difusión de pornografía..... | 20 |
| i)Tenencia y portación ilegal de arma permitida: Prueba obtenida por policía que realiza requisita sin las garantías legales..... | 24 |
| j)Prueba espuria: Imputada que voluntariamente entrega droga que lleva dentro de su cuerpo..... | 26 |

1 Resumen

El presente informe trata el tema de la prueba ilícita, también conocida como prueba espuria o ilegal, el mismo está formado por jurisprudencia de nuestros Tribunales penales y Sala Tercera, tratando temas como: la definición y alcance de la prueba ilícita, la cadena de custodia de la prueba, el "testigo sospechoso", la incorporación ilegítima de intervención telefónica, la validez de la prueba relacionada con probanzas ilegítimas, el no respeto de garantías procesales, entre otros.

2 Jurisprudencia

a) Prueba ilícita: Definición, alcances para con el debido proceso y diferencias con la cadena de custodia de la prueba

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹

Voto de mayoría

"1. [...] En primer término, conviene advertir que los gestionantes no discriminan los conceptos de prueba ilícita o espúrea con las infracciones a la cadena de custodia, entremezclando en los respectivos argumentos los dos conceptos que no necesariamente resultan equivalentes, al menos, se posicionan en diferentes niveles de análisis, pese a que ambos se vinculan con la prueba y su validez en el proceso. Dentro del concepto de prueba ilícita se engloba a todos los elementos de prueba obtenidos en violación a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. La regla general es la exclusión de cualquier dato probatorio obtenido en violación de tales derechos y garantías constitucionalmente reconocidas, en el sentido de restarle todo valor para fundar la convicción judicial. La razón de ser de esta regla de exclusión es evidente: "[...] desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó políticamente, que a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva sobre un suceso histórico, él constituye un método regulado -no libre- para arribar a ese fin, con lo que fueron excluidas, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre, el fin de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actuación de la ley penal, aún en perjuicio del imputado, no justifica la utilización de medios prohibidos de investigación. La justificación de los métodos para arribar a la verdad dependerá de la observancia de la reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente el conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según los disciplina la ley procesal (...)" (Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1996. 2ª edición, p. 703). En la sentencia número 1739-92, del primero de julio de 1992, la Sala Constitucional asentó las bases para el desarrollo del principio del debido proceso en materia penal, en el que se tocó necesariamente el tema del principio de legitimidad de la prueba, admitiendo que se trata de un tema difícil, particularmente en lo que toca a su tratamiento formal y su valoración, en el que se



parte de la base de la supresión hipotética de la prueba espúrea (consiste, como su propio nombre lo indica, en una hipótesis, esto es, en imaginar aquello que hubiera sucedido, razonablemente, si descartamos mentalmente algo que realmente sucedió), negándole todo valor probatorio. De tal manera se le suprime del proceso, invalidándose también otras pruebas, no ilegítimas *per se*, en cuanto hayan sido obtenidas por su medio. Ahora bien, con respecto al tema de la cadena de custodia, ella constituye una formalidad construida con la finalidad de garantizar la identidad de la prueba, se trata de una serie de procedimientos de índole técnico y científico, relacionados con la recolección, levantamiento, aseguramiento, de los indicios o bien de la evidencia material de un hecho delictivo para su introducción al proceso, bien como prueba material, bien como elemento para ser analizado científicamente, garantizando la identidad del objeto recopilado y aquél que finalmente ingresa al juicio. Es por ello que la cadena de custodia de la evidencia tiene incidencia sobre la prueba obtenida y el respeto a sus exigencias integra el debido proceso. La Sala Constitucional mediante resolución de las 12:15 hrs. del 6 de febrero de 1998 (voto 724-98) estableció lo siguiente: “[...] *que lesiona el debido proceso la valoración de la prueba sin considerar al respecto la cadena de custodia en su recolección y manipulación, como elemento integrante de la sana crítica.*” Sin embargo, no por ello se trata de prueba ilícita en los términos referidos, sino de prueba **inidónea** para sustentar un fallo de condena dado que su valor probatorio se ve afectado por el defectuoso manejo hecho por los funcionarios a los cuales les asiste los deberes de asegurar, custodiar y garantizar la pureza de la prueba, lo que impide asignarle fidedignidad, fidelidad y pureza a sus resultados. El defecto en el fallo se encontrará precisamente en haberle dado valor probatorio a prueba que no resulta fiable (por su defectuosa incorporación al proceso), lo que lleva a analizar el razonamiento del juzgador cuando apoya su decisión en prueba de esta naturaleza y no por la incorporación de prueba ilegal.”

b) Prueba espuria: Consideraciones acerca del concepto de "testigo sospechoso"

[Sala Tercera]²

Voto de mayoría

“I. En primer lugar, afirma la defensora, que la condena recaída, en la que figura como denunciante Y , se fundamentó en prueba ilegal. Específicamente señala que durante el debate se recibió el testimonio de A. – esencial para justificar la condena–, sobre el cual recaían sospechas de su intervención en el suceso, y, a pesar de lo cual, no se le advirtió de su derecho de abstención ni de contar con asesoría letrada. Esta irregularidad supuso, en criterio de la gestionante, la ilicitud de su relato. **El alegato sin declara sin lugar, por lo que sigue.** Este Despacho ha cuestionado, con seriedad, el calificativo de “testigo sospechoso”, en los siguientes términos, como se expone, por citar sólo un ejemplo, en la resolución número 84, de 8 de febrero de 2008: “...*conminar a un testigo a confesar, bajo juramento, la posible autoría de un delito, contraviene de forma directa esa garantía y da origen a una prueba espuria. Como lo ha sostenido la Sala, en pronunciamientos de larga data: ‘Es cierto que tanto la policía judicial como el Ministerio Público no deben recurrir a lo que denominan «testigo sospechoso» para lesionar los derechos constitucionales y legales de una persona sobre la cual recaen indicios de haber cometido un delito, pues basta que sobre una persona recaigan esas sospechas para que no pueda recibir el calificativo de «testigo» sino de indiciada de delito, con todo lo que ello implica, pues en este último supuesto deben ser informadas*



de todos sus derechos, en especial que pueden guardar silencio, y que si desean declarar deben ser remitidas ante el Fiscal y se debe requerir la presencia de un abogado defensor para que las asista, entre otros derechos básicos. **Basta que durante la investigación se tenga alguna evidencia o alguna creencia de que una persona pueda estar involucrada en un hecho delictivo, para que exista el deber de la policía y del Ministerio Público de asignarle la categoría de «indiciada»**, con todas sus implicaciones, conforme a los artículos 13, 81 y 82 del Código Procesal Penal. Las normas constitucionales y legales son claras al señalar el derecho al silencio del cual goza el imputado, según se infiere de los artículos 36 de la Constitución Política, y 82 inciso e) del Código Procesal Penal, de manera que no pueden utilizarse calificativos específicos como el de «testigo sospechoso» para lesionar esos derechos fundamentales. Estos derechos los goza la persona aún cuando con posterioridad se llegue a descartar su posible participación en el hecho delictivo, pues lo que interesa para que pueda disponer de esos derechos es que en determinado momento fuere sospechosa de haber cometido delito. Incluso, aún en el supuesto de que se tratara efectivamente de un testigo, debe resaltarse lo que señala el párrafo segundo del artículo 204, al disponer que «el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal», menos aún si recibe el calificativo de «sospechoso», obviamente porque de lo contrario se lesionarían sus derechos básicos antes citados. Sobre los testigos, es decir aquellos que efectivamente lo son, recaen una serie de obligaciones que no se le aplican al indiciado, en especial que está obligado a declarar cuanto sabe sobre el hecho y debe colaborar con la administración de justicia, conforme lo dispone el párrafo primero del artículo 204 citado. Tanto el Organismo de Investigación Judicial como el Ministerio Público deben evitar incurrir en esa práctica, para evitar la invalidación de sus actuaciones' (Sentencia No. 1067-99, de 9:25 horas de 26 de agosto de 1999)...» [la cursiva no pertenece al original]. Una vez que se ha establecido, entonces, la improcedencia legal de los «testigos sospechosos» en los términos indicados, cabe resolver si, en el caso objeto de este procedimiento de revisión de sentencia, existían razones suficientes para considerar a A. como imputado por algún delito, de manera que el Tribunal de Juicio le hubiera impuesto de todos los derechos y garantías que dicha situación exige. Esta Sala estima que durante la investigación no derivó algún elemento o evidencia que permitiera involucrar a dicha persona como posible autora de algún ilícito penal, de manera que falta de juramentación al momento de recibir su testimonio, según se ordenó en el debate, carecía de sustento. Incluso, el mismo órgano de sentencia, al momento de dictar el fallo, reconoce que no recaía ninguna sospecha sobre él: «...El testigo A , declaró ante el tribunal sin juramento, sin embargo el tribunal estima que su declaración corresponde a la realidad de lo acontecido, pues el tribunal al escucharlo lo percibió como sincero, contestó de forma firme lo que se le preguntó sin divagaciones. El testigo refiriéndose al imputado dijo: '...él llegó a mi casa a empeñármela, con la señora de él, porque ocupaba esa plata para ir a Tamarindo a ver un trabajo que le tenían... él me dijo que la grabadora era de la señora de él...'. Es evidente que el imputado después de sustraer la grabadora decide deshacerse prontamente de ella, y va a empeñarla como propia, va con su compañera, la misma que según el testimonio de la ofendida luego le dice dónde han empeñado la grabadora...» (folios 123 a 124). Si se analizan las diligencias de la etapa preparatoria, podrá llegarse a la misma conclusión. El informe policial 84-2002-SR señala: «...Fue identificado el señor A ... quien manifestó que la radiograbadora la recibió en empeño a un sujeto del barrio conocido como 'xxx' quien le indicó que iba para la playa y que a su regreso el domingo 20 de enero llegaría a sacarla, que el empeño fue por la suma de diez mil colones...» (folio 4). Es así como, luego, el Ministerio Público lo ofrece como testigo para sustentar su pieza acusatoria (folio 11). Resulta de suma importancia tener en cuenta el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: «Funciones. El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública...»; así como los artículos 62 y 63 del Código Procesal Penal: «Funciones. El Ministerio Público ejercerá la acción



penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica”; “Objetividad. En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado”. De dicha relación de disposiciones legales deriva que el Ministerio Público, en tanto titular del ejercicio de la acción penal en delitos perseguibles de oficio, tiene la potestad de decidir cuándo cataloga a una persona como imputada, resguardándole sus derechos y garantías procesales para, luego, formular contra ella una acusación, o cuándo opta por considerar a alguien como testigo de un hecho delictivo. Sin embargo, como se extrae de aquellas normas, dicha elección no debe ser arbitraria ni caprichosa, sino estar guiada y condicionada por los elementos que deriven de la investigación propia de la etapa preparatoria, de manera que lo que se decida posea seriedad, objetividad, fundamento y sea consecuencia lógica de las diligencias pertinentes y útiles que se hayan practicado. A partir de las consideraciones efectuadas, la Sala comprueba que no existía razón alguna para calificar a A , a partir de su relato (que recibió la grabadora del sentenciado a modo de empeño, a quien conocía del barrio y quien le indicó que era de su esposa y necesitaban el dinero para realizar un viaje dentro del territorio nacional por razones de trabajo), como imputado por algún delito; y, mucho menos, recibir su relato sin juramento como “testigo sospechoso”. Ahora bien, la falta de juramento con que —por error— se escuchó en debate su declaración, no constituye un vicio que justifique anular el fallo, ni resta, por sí mismo, credibilidad a su testimonio, como ha advertido esta Sala, por ejemplo, en su resolución número 1416, de 12 de diciembre de 2007: “... ‘(...) Del acta de debate... se desprende que los menores de edad G.S.B. y J. P. Ch. fueron juramentados en forma legal y advertidos de las penas con que la ley castiga el delito de falso testimonio. Ahora, siendo que el recurrente no ofrece prueba para desvirtuar ese dato y que de las grabaciones del debate tampoco se desprende alguna falsedad en el acta..., esta Sala descarta la existencia del vicio que se reprocha. No obstante lo anterior, es importante señalar que aunque se admita hipotéticamente que el órgano de mérito no juramentó a los dos ofendidos por considerarlo improcedente toda vez que no han cumplido 18 años (lo que en efecto no sería acertado, pues dada la edad que tienen pueden ser sometidos a la jurisdicción penal juvenil), el vicio no causaría la nulidad de la sentencia, ya que la falta de juramentación no tiene que ver con la valoración que el Tribunal hizo de las probanzas. Por otra parte, la mencionada circunstancia no convierte en ilegal esa prueba, ya que esa actuación judicial es solo un apercebimiento de la obligación de decir la verdad y de las consecuencias de faltar a ésta. Asimismo, no se puede desconocer que el órgano de mérito le otorgó credibilidad a la declaración de algunos testigos que ofreció el Ministerio Público (incluidos los menores de edad que figuran como víctimas), no porque hayan sido o no juramentados, sino porquec (sic) tras analizar sus testimonios conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, concluyó que estaban diciendo la verdad. Es decir, la credibilidad otorgada a algunos de los deponentes obedeció a factores totalmente ajenos al tema de la juramentación. Finalmente, el vicio apuntando no justifica anular la sentencia...’...”. Por las razones expuestas, el motivo de revisión debe declararse sin lugar.”

c) Prueba espuria: Incorporación ilegítima de intervención telefónica

Teoría de los frutos del árbol envenenado

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]³

Voto de mayoría

“ **III.-** En el orden planteado y por la trascendencia de lo alegado **se acoge el primer reclamo.** El presente proceso deriva de testimonio de piezas en la causa que también fuera seguida contra xxxx y xxxx, por el delito de TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS en perjuicio de LA SALUD PÚBLICA. En esa causa, al igual que en el presente recurso de casación, en ampliación de los fundamentos del primer motivo, se alegó que la investigación del mismo se inició con la intervención de las comunicaciones telefónicas en dos líneas, intervenciones estas que estima el recurrente fueron ilegítimas, y no como de modo negativo lo resolvió el Tribunal de Juicio ante un incidente de actividad procesal defectuosa que le fue planteado en el debate. En la impugnación de comentario se argumentó entre otros aspectos, mismos tratados en la ampliación de la vista oral: **(a)** La inexistencia de un sustento legítimo por parte de la autoridad jurisdiccional para el dictado de la indicada intervención, sin que pudiera ampararse la legitimidad en los resultados obtenidos posteriormente como lo fue el decomiso de drogas con que se ha vinculado al justiciable xxxx, o el decomiso de documentos en un allanamiento realizado al finalizar la investigación. **(b)** Se argumenta que una nota enviada por la D.E .A. a las autoridades, tiene diferencias esenciales en el uso de la autoridad jurisdiccional para ordenar la intervención, pues la misma únicamente indicaba que **“Incluso recibimos información que los teléfonos 506-372-5261- y 506-821-63-98 podrían estar involucrados como parte de un grupo de narcotráficos”**, mientras la solicitud enviada por el Ministerio Público para gestionar la intervención telefónica, lo que dice es que **“Adicionalmente la DEA informó tener datos precisos que indicaban que el envío estaba vinculado con la utilización de las líneas telefónicas 821-6398 y 372-5261”**, siendo dicha afirmación una interpretación del Ministerio Público, que luego incorpora la autoridad jurisdiccional para ordenar la intervención pedida, **(c)** Que pese a que la información de la D.E.A. era que el teléfono 372-5261 podría estar involucrado en el envío de la sustancia incautada, no se hizo investigación sobre el mismo, en suma, se sostiene en este primer motivo del recurso que no existía indicio comprobado de la comisión de un delito para ordenar la intervención de las comunicaciones, y que, por lo tanto, la resolución del Juzgado Penal de Alajuela de las 14:40 horas del 15 de julio de 2004 es ilegal, en el tanto se vulneró una norma que tutela la inviolabilidad de las comunicaciones. **(d)** Que en el caso concreto el perjuicio surge de la intervención ilegal del número 372-5261, que luego genera la intervención de los teléfonos utilizados por xxxx y son estas últimas llamadas las que se están utilizando para asegurar que dicho imputado participó en los hechos tenidos por demostrados. El punto cuestionado guarda absoluta identidad por tratarse de los mismos hechos, al planteado en la impugnación a favor **xxxx**, ya que de esa causa se separó al acusado xxxx, razón por la cual resulta de importancia traer a colación la resolución número 2008-00516, de este mismo TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, SECCIÓN SEGUNDA, a las once horas veinte minutos del treinta de octubre de dos mil ocho, voto de mayoría que analiza pormenorizadamente el punto desde los ámbitos jurisprudencial, doctrinal, legal y constitucional, y donde se señaló: *“ Del estudio del expediente y de los hechos tenidos por probados en la sentencia queda claro que la investigación de los hechos aquí juzgados dio inicio el día 13 de julio del año 2004, luego de que la Policía de Control de Drogas de la Fuerza Pública comunicó verbalmente al Fiscal Walter Espinoza Espinoza sobre los informes confidenciales que habían recibido de parte del Agente Especial de la D.E .A. xxxx, en relación con el decomiso de once kilogramos de clorhidrato de cocaína ese mismo día por parte de oficiales de aduanas de Estados Unidos en Tennessee. Esos datos son*



puestos por escrito en conocimiento del Ministerio Público mediante el INFORME DE AVANCE DE INVESTIGACIÓN de la Policía de Control de Drogas (DO- 0724-2004) que fue presentado a la Unidad de Narcotráfico del Ministerio Público el 14 de julio del mismo año. Con ese informe se adjuntó copia de la indicada nota que fuera remitida a la Policía de Control de Drogas por el Agente xxxx . La única referencia que hace esa nota a los teléfonos números 372-5261 y 821-6398 es para expresar que: **"Incluso, recibimos información que los teléfonos 506-372-5261 y 506-821-6398 podrían estar involucrados como parte de este grupo de narcotráficos"**. Esa información fue recogida en el informe policial antes indicado de la siguiente manera: **"Aunado a dicha información suministran los teléfonos números 506-372-5261 y 506-821-6398, los cuales en base a sus informantes he (sic) informes confidenciales podrían estar siendo utilizados por las personas responsables del envío de la droga supracitada"(los errores ortográficos son del original)**. Además, el Informe Policial en referencia expresa el resultado de las averiguaciones iniciales que permitieron establecer que el número telefónico 821-6398 se registra a nombre de xxxx y establecieron sus datos personales y la ubicación de su domicilio, en relación con el cual informan que: **"se logró establecer que en dicha vivienda habita un sujeto de nombre "xxxx " de nacionalidad canadiense, de aproximadamente 40 años de edad, color de piel blanca, 1.70 metros de estatura, contextura delgada, cabello escaso en su parte frontal, quien posee un toyota SEQUOIA, color verde, sin placa visible"**. Hasta aquí lo único que relacionaba al teléfono número 821-6398 con el delito investigado era la supuesta información que habría recibido el Agente Especial de la D.E .A. xxxx que indicaba que ese teléfono y el 372-5261 **"podrían estar involucrados como parte de este grupo de narcotráficos"**, y la supuesta constatación hecha por la Policía de Control de Drogas de que en el domicilio de la señora xxxx , a cuyo nombre aparecía registrado ese teléfono, **"habita un sujeto de nombre "xxxx " de nacionalidad canadiense"**. Mientras que al teléfono número 506-372-5261 lo único que lo relacionaba con el delito investigado era la supuesta información que habría recibido el Agente Especial de la D.E.A. xxx , ya que en relación con este teléfono la Policía sólo había establecido que estaba registrado a nombre de xxxx , de quien en el Informe Policial de folios 1 a 4, se indica el domicilio y otros datos personales pero no se realizó la constatación de algún hecho adicional que viniera a confirmar la sospecha inicial derivada de la información que dio a la Policía de Control de Drogas el Agente xxxx . De lo expuesto se nota claramente que hasta ese momento de la investigación no se daban datos que permitieran determinar si esos supuestos informes que recibió el Agente Especial de la D.E .A. eran anónimos o confidenciales, ni en qué consistía esa información, ni quiénes eran los supuestos usuarios de esos teléfonos (ni siquiera si eran hombres o mujeres), ni con quién o quiénes se estarían comunicando, sino que solo se indica, de manera genérica, que recibieron información de que esos teléfonos **"podrían estar siendo utilizados por las personas responsables del envío de la droga supracitada"**. Además, en cuanto a la afirmación que se hace en el Informe Policial de que en la casa de la señora xxxx , a nombre de quien estaba registrado el teléfono 821-6389, habitaba **"un sujeto de nombre "xxxx " de nacionalidad Canadiense"**, tampoco se indican o aportan los elementos probatorios que daban fundamento de esa afirmación, pero aún partiendo del hecho de que ese dato hubiera sido comprobado, no se determina si ese sujeto era el usuario del referido teléfono ni si tenía alguna relación con el delito de tráfico de drogas investigado, ni se indica quiénes más vivían en dicha casa. A criterio de la mayoría de este Tribunal, esas genéricas e imprecisas referencias no se pueden tener como fundamento probatorio idóneo para sustentar sobre ellas una orden judicial capaz de vulnerar legítimamente la privacidad de las comunicaciones telefónicas que garantiza el artículo 24 de la Constitución Política. En esas circunstancias, nota el Tribunal que para tratar de dar un sustento más sólido a la solicitud de intervenciones telefónicas, el Ministerio Público en el escrito de folios 6 a 10 varió la redacción de la nota remitida por el Agente Especial de la D.E.A. xxxx y en vez de consignar que éste había dicho que: **"...recibimos información que los teléfonos 506-372-5261 y 506-821-6398 podrían estar involucrados como parte de este grupo de narcotráficos"**, hace



la afirmación más categórica de que: **"Adicionalmente la D.E.A. informa tener datos precisos que indicaban que el envió (sic) estaba vinculado con la utilización de las líneas telefónicas 821-6398 y 506-372-5261" (ver folio 7)**. No podemos ignorar el carácter falaz y tendenciosa de esa reelaboración de lo que realmente informaba la nota del Agente Especial de la D.E .A. donde los teléfonos indicados se mencionan ya no como posibles involucrados con el grupo de narcotraficantes responsables del envío del supuesto cargamento de droga que fue decomisado por autoridades aduaneras de Estados Unidos y como fuente de esa sospecha una información recibida por esa Agencia (que no se indica si fue anónima o confidencial), sino que se afirma que esos teléfonos estaban vinculados con el envío de esa droga y como fuente de ese hecho se afirma que la D.E.A informa tener **datos precisos**, lo que sugiere la existencia de pruebas concretas en ese sentido. Ahora bien, la resolución mediante la cual la señora Juez Penal ordenó, entre otras cosas la grabación de las llamadas entrantes y salientes de los números telefónicos **372-5261 y 821-6398** (cuya copia consta en folios 11 a 14), empieza transcribiendo entre comillas en el punto **"I.- HECHOS INVESTIGADOS"**, la descripción de hechos realizada en la solicitud de la fiscalía. En el punto **II.-** se consigna: **"SE RESUELVE"**, y de seguido en dieciséis renglones y medio se expresa todo el razonamiento que contiene esa resolución para indicar porqué acoge la solicitud de la fiscalía. En ese sentido comienza con consideraciones muy generales que no hacen referencias específicas a los teléfonos números **372-5261 y 821-6398**, y luego afirma que **"es indispensable obtener toda la información disponible relacionada con los involucrados, misma que dada la organización sólo vía telefónica se puede obtener, pues por otros medios probatorios resulta imposible que la policía en conjunto con el Ministerio Público se informe del desarrollo de la actividad de la posible banda narcotraficante, en razón de la materia que nos ocupa"**. En relación con esas expresiones debe considerarse lo siguiente: La investigación de la Policía de Control de Drogas a raíz de la información que había recibido de la D.E .A. apenas llevaba dos días de haberse iniciado, por lo que para fundamentar mejor la orden de intervención de llamadas entrantes y salientes de esos teléfonos pudo haberse pedido informes más específicos al Agente de la D.E .A. en relación con las informaciones que ligaban esos teléfonos con el caso. Además, se pudo haber realizado vigilancias a los ocupantes de la casa en que vivía la señora xxxx, a nombre de quien estaba registrado el teléfono 821-6389, para obtener más indicios que permitieran establecer quién era el usuario de ese teléfono y si efectivamente realizaba movimientos y actuaciones que lo pudieran relacionar con el delito investigado. También se pudo haber hecho más averiguaciones en relación con el usuario del teléfono 372-5261 de quien hasta el momento no se tenía ningún dato que viniera a confirmar la sospecha que lo relacionara con el tráfico del supuesto cargamento de drogas que había sido decomisado. Se pudo incluso pensar en la infiltración de un oficial encubierto en los miembros de la organización delictiva. Por todo ello no comparte este Tribunal la afirmación de que por otros medios probatorios resultaba imposible obtener información sobre el desarrollo de la actividad de la posible banda de narcotraficantes. En todo caso, lo esencial en este asunto no es si las intervenciones telefónicas eran o no indispensables para esclarecer el caso, ya que aún admitiendo esa necesidad, el problema es que la orden judicial en comentario no expresa un razonamiento por el cual, a partir de la valoración de las pruebas, se pudiera justificar la intromisión estatal en el ámbito de intimidad de los usuarios de los referidos teléfonos. En ese sentido, la única referencia que hace esa resolución a los teléfonos investigados es la siguiente: **"Además se toma en cuenta que los números de referencia suministrados por la DEA tiene como referencia Alajuela, sea que la organización probablemente utiliza nuestro cantón para desarrollar la actividad criminal dicha"**, lo que no constituye la debida fundamentación descriptiva e intelectual que venga a justificar porqué procedía tener esos teléfonos como relacionados con el delito de tráfico de drogas y porqué se justificaba la grabación de las comunicaciones entrantes y salientes de los mismos. Nótese además que la resolución en comentario fue dictada a penas (sic) diez minutos después de que el escrito de solicitud que formuló la fiscalía fue recibido en el Juzgado Penal de Alajuela (ver folios 6 y 11 del



expediente), lo que unido a la muy escasa, por no decir nula, fundamentación de la misma, permite apreciar el poco esmero de la autoridad en dictar una resolución que realmente viniera a cumplir con los requisitos que requiere nuestra legislación para ordenar una resolución jurisdiccional que permita violentar un derecho individual garantizado constitucionalmente. En cuanto al sustento normativo del deber de fundamentación de las resoluciones que ordenan intervenciones telefónicas, tenemos que nuestra Constitución Política expresamente establece que esas resoluciones deben ser razonadas. Así, el párrafo tercero del **artículo 24** dispone: **"Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato"** (El subrayado es suplido). Luego, al final de ese artículo se dispone que: **"No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación"**. Ya en el ámbito legislativo tenemos que a las resoluciones que ordenan intervenciones telefónicas también les son aplicables las disposiciones del **artículo 142 del Código Procesal Penal**, el cual regula, de manera general, el deber de fundamentación de los autos y las sentencias. Ese artículo dispone: **"Fundamentación. Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazará, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces"**. Unido a ello, de manera específica para el tema de intervenciones telefónicas, el **artículo 10 de la LEY DE REGISTRO, SECUESTRO Y EXAMEN DE DOCUMENTOS PRIVADOS E INTERVENCIONES DE LAS COMUNICACIONES N° 7425**, también exige la fundamentación de la resolución que ordena las intervenciones telefónicas. En ese sentido en lo que interesa dispone: **"El Juez, mediante resolución fundada, de oficio, a solicitud del Jefe del Ministerio Público, del Director del Organismo de Investigación Judicial o de alguna de las partes del proceso, si hubiere, podrá ordenar intervenir las comunicaciones orales o escritas, cuando pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna de las conductas delictivas, a las que se refiere el artículo anterior (...)** La solicitud de intervención deberá estar por escrito, expresar y justificar sus motivos y cometidos, con el propósito de que puedan ser valorados por el Tribunal..." (Los subrayados son suplidos). De seguido se agrega en el **artículo 11** *ibid.*: **"Examinada la solicitud correspondiente, el Juez emitirá una resolución fundada, mediante la cual autoriza o deniega la intervención"** (El subrayado es suplido). Mientras que en el **inciso 3- del artículo 21** de la misma Ley se establece como una de las responsabilidades del Juez: **"Velar porque la medida se disponga sólo en los casos y con las formalidades que, expresamente, prevé esta Ley"**. De lo dispuesto por esas normas jurídicas queda claro que para que se pueda ordenar válidamente una intervención telefónica debe existir una solicitud remitida al juez penal por escrito que exprese y justifique sus objetivos y cometidos, solicitud que deberá ser valorada por el juzgador para decidir, de manera fundada, si la acepta o la deniega, valoración y análisis que, como ya se dijo, no se dio en el auto de las **catorce horas con cuarenta minutos del quince de julio de dos mil cuatro**, mediante el cual el Juzgado Penal de Alajuela ordenó la intervención de los teléfonos números **372-5261 y 821-6398**. (...) El auto mediante el cual se ordenó la



intervención de los mencionados teléfonos se basó en un informe impreciso de un Agente de la D.E.A., el cual solo refería la posibilidad de que los teléfonos números **372-5261 y 821-6398**, tuvieran relación con la organización delictiva que supuestamente había enviado desde Costa Rica la droga que fue decomisada por agentes Aduanales de Memphis, Tennessee, Estados Unidos. Además de esa información sólo se aportaron por parte de la Policía de Control de Drogas, los datos de identificación de las personas a nombre de las cuales aparecían registrados esos teléfonos y la indicación de que en la vivienda en que residía la señora XXXX (a nombre de quien estaba registrado el segundo de esos teléfonos), habitaba un señor de nombre " **xxxx** " de nacionalidad canadiense y del cual se daban sus características físicas, mientras que en relación con el primero de esos teléfonos no se aportó ningún otro dato adicional. Esos hechos no eran más que constitutivos de una situación de sospecha que debió dar base a una más detallada investigación que realmente viniera a aportar prueba, al menos indiciaria, de que efectivamente esos teléfonos estaban siendo usados para actividades propias del tráfico de drogas. Comparte la mayoría de este Tribunal la alegación del recurrente de que la legitimidad de las intervenciones de esos teléfonos no puede justificarse por los resultados obtenidos posteriormente. Pero además de no existir pruebas suficientes que justificaran en ese momento las intervenciones de esos teléfonos, la resolución mediante la cual éstas fueron ordenadas carece de una valoración de los supuestos elementos de prueba que la justificaban y, como ya se dijo, apenas se mencionaron esos números telefónicos, pero nunca para asegurar que hubiera fundamento probatorio suficiente para tenerlos como ligados al narcotráfico y menos para justificar la intervención de las llamadas entrantes y salientes de los mismos. Ese vicio de falta de fundamentación constituye un defecto de carácter absoluto (conforme al artículo 178, inciso a) del Código Procesal Penal), vicio que en aplicación de los artículos 24 de la Constitución Política y 142, 175 y 181 del Código Procesal Penal, acarrea la ineficacia de dicha resolución, lo que tiene como efecto que todas las comunicaciones obtenidas mediante esa resolución ineficaz, van a adquirir el carácter de prueba ilícita y por ende no podrán ser usadas válidamente para fundamentar la sentencia. Pero aún hay más, conforme a la teoría de los frutos del árbol envenenado, que ha sido ampliamente tratada en la Doctrina y acogida de manera categórica por parte de nuestra jurisprudencia, la ilegalidad de esas pruebas tiene como efecto que tampoco las pruebas que fueron obtenidas como derivación de ellas puedan tener efectos legales en el proceso. Dicho en palabras del jurista costarricense Fernando Cruz: **"El juez no puede fundamentar una sentencia que toma en cuenta una evidencia que se ha logrado mediante el quebranto de normas constitucionales, la sentencia no puede ser la consecuencia total o parcial, del quebranto de disposiciones fundamentales del ordenamiento"** (**"La Defensa Penal y la Independencia Judicial en el Estado de Derecho"**. San José, ILANUT, 1era Edición, 1989, p. 87). Por su lado, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha venido reiterando de manera constante, aunque no siempre unánime, que la prueba ilícita no sólo carece de validez en sí, sino que además invalida otras pruebas no ilegítimas per se, pero que tienen como fuente la prueba ilegítima. A continuación se citan, en lo que interesa, algunas resoluciones en ese sentido: **Voto N° 701-91: "En el caso presente la detención de la señora D P estuvo directamente relacionada con la intervención telefónica que se hizo del teléfono 59-89-50, pues así lo demuestra claramente el informe policial que se encuentra agregado al expediente principal al folio 41 y que fue transcrito parcialmente en el hecho probado marcado c) del considerando anterior. De donde, si se elimina la intervención, que al momento resulta ser una prueba ilegítima, no se podría haber logrado el conocimiento necesario para que los investigadores hicieran la captura y decomiso que dio base a la instrucción relacionada con el presente recurso. Así, la tesis de la mayoría de la Sala en relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquélla conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima".** También el **Voto N° 1739-92: "Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento**



formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, 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 parecer 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. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley -en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas". Asimismo, el **Voto 2529-94**: "Dentro de las diferentes interpretaciones sobre la ilicitud o no de una prueba, tenemos la teoría de la prueba espuria o de los frutos del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree doctrine), que supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional aporte elementos de culpabilidad para el acusado, es nulo el acto productor de la prueba y todo medio probatorio que de él derive. En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa, denominada de la "fuente independiente", según la cual, si la prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida, porque esa prueba se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la Constitución. Esta Sala en el voto 701-91, ya expresó: "... la tesis de la mayoría de la Sala en relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima", entendiendo entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución". De la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, citamos en lo conducente el siguiente voto: **Nº 2001-412**: "A pesar de las discusiones doctrinales sobre el tema de qué se considera prueba ilícita o espuria y cuáles son sus alcances y efectos procesales, es claro que dentro de ese concepto se engloba a todos aquellos elementos de prueba obtenidos en violación a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. (cfr., entre otros, Asencio Mellado, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid, Editorial Trivium, 1989. 198p. pp. 75 y ss.; Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l. 1996. 2ª edición. 918 p. pp. 663 y ss.; González Cuellar Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal, Madrid, Editorial Colex, 1990. 352 p. pp. 67 y ss.; Armijo, Gilbert. Garantías Constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, San José, Colegio de Abogados, 1997. 388 p. pp. 116 y ss.). "[...] Aunque no haya reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio, que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez [...] Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia de la prueba ilegalmente obtenida, a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental. En principio, la tacha de ilegalidad deberá alcanzar no solo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional -v.gr. la confesión obligada-, sino también a las que sean su consecuencia inmediata -v.gr. el secuestro del cuerpo del delito del lugar indicado en la confesión forzada-, siempre que a éstas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquélla [...]" Ciertamente



es que esta solución puede llevar a la impunidad de algún delito. Pero no es menos cierto que el orden jurídico ha optado en muchos casos por la impunidad, cuando ella ha sido el precio de la tutela de otros intereses, que ha considerado más valiosos que el castigo del ilícito, dándoles una protección de rango constitucional [...]” Cafferata Nores, José. La prueba en el proceso penal, Buenos Aires. Ediciones Depalma, 2ª. Edición, 1994. 185 p. p. 14. (...) La Sala Constitucional desde la sentencia #1739-92, del 1º de julio de 1992, precedente en el cual sentó las bases para el desarrollo del principio del debido proceso en materia penal, estableció en cuanto a este tema: “[...]Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente. En material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material. b) El principio de legitimidad de la prueba: Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, 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 parecer haber ninguna discusión-, se suprime 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. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley -en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas [...]”. El tema de la legitimidad de la prueba y por ende, de la prueba espuria, significa una reflexión y también, una toma de posición frente al conflicto de los dos intereses que gravitan y caracterizan siempre a la intervención penal: averiguar la verdad y sancionar penalmente al responsable de un hecho delictivo. La existencia de requisitos de índole constitucional esenciales para la vigencia del estado de derecho, señalan límites a la averiguación de la verdad, de manera tal que ésta sólo puede obtenerse respetando los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y éstos sólo admiten lesiones o injerencias en los términos en que ello esté permitido. Teniendo como punto de partida lo que Ferrajoli denomina la “epistemología garantista”, el tema de la prueba ilícita y su tratamiento por el legislador, como su interpretación en la jurisprudencia, contribuyen a valorar el estado de los derechos fundamentales frente al ejercicio del poder represivo, pues según aquél modelo, la “verdad” dentro del proceso penal no es verdad a cualquier precio. “[...] Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo de errores, sino de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva.[...]. Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes. Es esta segunda preocupación lo que está a la base de todas las garantías



procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica [...]” Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid. Editorial Trotta S. A. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 1995. 989 p. p. 603” (El subrayado es suplido). En el presente caso, la jurisprudencia citada es acorde con una interpretación teleológica de lo expuesto en la frase final del artículo 24 de la Constitución Política, ya que al decir: **“No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”**, implica a su vez que cualquier prueba que se haya obtenido a partir de esa información ilegal estaría también privada de efectos legales, ya que el constituyente quiso dar una protección especial a la privacidad de la correspondencia y las comunicaciones de los particulares, negándole todo efecto legal a la correspondencia sustraída y a la información obtenida a consecuencia de intervenciones ilegales de las comunicaciones, y esa protección a los derechos fundamentales tutelados en el citado artículo 24 no tendría sentido si solo se produjera la ineficacia de la información obtenidas en quebranto de esa norma pero se mantuviera la validez de toda la que se produjo como derivación de aquella, ya que con esa solución se estaría dando pie a que los órganos investigativos asuman como práctica la sistemática violación de la norma constitucional en análisis en procura de obtener por su medio la producción de otras pruebas derivadas de la información obtenida ilegalmente, a sabiendas de que éstas tendrán plena validez para juzgar el caso. Por las razones dichas, la mayoría de esta Cámara de Casación, considera que la información obtenida de las llamadas entrantes y salientes de los teléfonos números **372-5261 y 821-6398** no puede producir efectos legales. Del análisis de la sentencia recurrida tenemos que efectivamente las intervenciones de esos teléfonos tuvieron un efecto esencial para la obtención de los elementos de pruebas que permitieron el dictado de la sentencia condenatoria en contra del imputado xxxx como autor del delito de tenencia de cocaína para el tráfico internacional.: (...) De todas las anteriores transcripciones de la sentencia recurrida se debe concluir que, si tomamos en cuenta que a partir de las llamadas intervenidas de los teléfonos números 372-5261 y 821-6398, se lograron los avances en la investigación que dio como resultado el conocimiento de la relación del imputado xxxx con el señor xxxx, ello a partir de las informaciones que daba la señora Jueza Penal a los investigadores donde los ponía al tanto de parte de los contenidos de las llamadas producto de esa intervención telefónica ilegal, y que esa información y las vigilancias que derivaron de ella sirvieron como fundamento para ordenar la intervención de los teléfonos del señor xxxx, las cuales a su vez produjeron la información que dio base a la vigilancia que permitió determinar que el imputado xxxxx el día 12 de diciembre de 2004 recibió del coimputado xxxx una importante cantidad de droga ya camuflada en una maleta y procedió a trasladarla hacia la provincia de Guanacaste en su vehículo toyota Sequoia y el día 13 del mismo mes, en Villas Sol Playa Hermosa, de Guanacaste, le hizo entrega de esa droga a la coimputada xxxx con la finalidad de que ésta fuera transportada hasta Canadá, droga que más tarde, ese mismo día, fue decomisada a la señora xxxx en el Aeropuerto Daniel Oduber Quirós, ubicado en Liberia, Guanacaste. Todo ello permite llegar a la conclusión de que todas esas pruebas incriminatorias en contra del imputado que permitieron fundar el juicio condenatorio dictado en su contra, tuvieron su fuente en la ilícita resolución judicial que desde un inicio autorizó la intervención de los teléfonos números **372-5261 y 821-6398**, de manera tal que si suprimimos hipotéticamente esa resolución, debemos concluir que todo ese cúmulo de prueba de cargo en contra del imputado no se mantiene con alguna fuente independiente, por lo que, a pesar de la abundante y laboriosa fundamentación que de todo el material probatorio se hace en la sentencia impugnada, al tener esos elementos probatorios su fuente en la ilegal intervención de los teléfonos indicados, no queda más remedio que declarar la ilicitud de todas esas pruebas derivadas de esa fuente ilícita, lo que viene a privar del sustento probatorio suficiente a dicha sentencia. Ello es así aún cuando apliquemos la teoría del



descubrimiento inevitable, ya que de la propia sentencia recurrida se desprende que toda la investigación giró al rededor de las indicadas intervenciones telefónicas y no se evidencia la posibilidad de que por otros medios lícitos, independientes de la información obtenida ilegalmente se hubiera llegado inevitablemente al descubrimiento de todo el cúmulo de pruebas que permitieron sustentar la sentencia condenatoria recurrida. Por lo expuesto, procede declarar con lugar el primer motivo del recurso y en aplicación del principio universal **"in dubio pro reo"** regulado en el artículo 9 del Código Procesal Penal, se impone el dictado de sentencia absolutoria a favor del imputado XXXX. Consecuentemente, de conformidad con el artículo 366 del Código Procesal Penal, procede el cese de la prisión preventiva de dicho imputado, disponiéndose su inmediata libertad si otra causa no lo impide".(el destacado corresponde al original, excepto en lo relativo a la mención del acusado xxxx). Estima esta Cámara que efectivamente la orden de la intervención telefónica originaria de este proceso es infundamentada por las bastas razones expuestas por la mayoría de la Sección Segunda de este Tribunal de Casación, en el voto de comentario, mismas que compartimos la mayoría que suscribimos de este fallo y que es aplicable en cuanto a la vinculación del representado del recurrente en la presente investigación. De la simple lectura de la sentencia recurrida, se puede comprobar con facilidad que la relación del acusado xxxx con los hechos investigados surge de una intervención telefónica infundada, de la que posteriormente se llega hasta los teléfonos números **394-6699, 294-6857 y 433-2055** pertenecientes a xxxx, intervención que también resulta ilegítima, por la fuente espúrea de que fue obtenida, pues efectivamente la orden judicial que dio inicio a las intervenciones aquí desarrolladas, no expresa un suficiente razonamiento por el cual, a partir de la valoración de las pruebas existentes en aquel momento justificaran la intromisión estatal en el ámbito de intimidad de los detentadores de los teléfonos citados en el informe policial de la DEA. No se estableció la fundamentación descriptiva e intelectual que justificara porqué procedía tener los teléfonos indicados como relacionados con el delito de tráfico de drogas, de tal manera que fuera necesaria la grabación de las comunicaciones entrantes y salientes (folios 2 a 5 del legajo No. 1 de intervenciones telefónicas). Desde el folio 1278 a 1319 del Tomo III, se puede apreciar que el análisis de los Juzgadores de instancia parte del contenido de las intervenciones telefónicas en cuestión, de las que se hacen múltiples transcripciones y además se admite que el relato de los testigos xxxx surge de la información que el Juez que ejecuta las escuchas les va transmitiendo, lo que evidencia que el soporte esencial de la prueba obtenida (seguimientos, videos y hasta el allanamiento) tuvo su génesis en la intervención ilegítima objeto del presente pronunciamiento. Desde el ámbito puramente procesal vale llamar la atención que como ya se explicó, en este litigio desde su inicio figuraron tres acusados por los mismos hechos: i Xxxx, xxxx y **xxxx** , a este último se le separó para la realización del juicio oral, pero los hechos acusados siguieron siendo los mismos. En la causa separada contra Xxxx, por la resolución citada de la Sección Segunda de este Tribunal de Casación, ante el acogimiento del recurso de casación del primero por la declaratoria de ilegitimidad de las intervenciones telefónicas, se le dio efecto extensivo en cuanto a xxxx , situación que en buena tesis hubiese acontecido con xxxx, si el juicio se hubiera realizado contra todos en un mismo momento. En conclusión, ante la coincidencia con lo resuelto por la homologa sección segunda en el fallo transcrito y resultando evidente que esa es la misma situación que impera en la especie, procede acoger el presente reclamo y siendo que toda la relación de Xxxx en los hechos se deriva de esas intervenciones telefónicas carentes de validez legal, resulta procedente anular la sentencia recurrida y en aplicación del principio universal del in dubio pro reo, se dispone la absolutoria en esta sede del acusado xxxx."

d) Cadena de custodia de la prueba: Irregularidad en su manejo por sí sola no acarrea nulidad

[Sala Tercera]⁴

Voto de mayoría

"III.- Rompimiento de la cadena en la custodia de la evidencia. El objeto material en esta causa es la cocaína incautada, el rompimiento en la cadena de custodia fue argüido en el debate. No existe registro en el libro de evidencias del O.I.J., del ingreso de la droga decomisada a Jaime Pérez Artola y Oscar Ramírez Gil los días 13 y 19 de agosto de 2000. La defensa opina que aunque estos últimos se hayan sometido a un proceso abreviado y el Tribunal haya dicho que recibieron la droga de la supuesta organización regentada por su patrocinado Valencia Restrepo, es imperativo insistir en que no existe el protocolo indicado y que las bolsas se recibieron parcialmente cerradas en el laboratorio respectivo. Afirma además, que la defensa insistió en escuchar los casetes originales, los cuales nunca fueron puestos a su disposición para poder verificar su existencia y de que fuesen originales, siendo que la petición fue rechazada sin fundamento; afirma que también existen irregularidades como la ausencia de actas de colocación de casetes, que son exigidas por el artículo 17 de la Ley 7425. **El vicio es inexistente.** La falta de una firma de los participantes o el nombre completo de los mismos en las actas, no las invalida *per se*, ni de forma automática. El hecho de que un embalaje con evidencia se reciba parcialmente cerrado, no implica que su contenido haya sido manipulado. Ello constituye un vicio lógico bastante frecuente, pero no una razón para decretar la ineficacia del fallo. La defensa no concreta agravios, ni explica cuál es la supuesta adulteración o cambio en el objeto material incautado, se limita a formular genéricamente un reproche sin especificar de manera tangible en qué consistió –si lo hubo– el mal manejo de la evidencia. En este sentido conviene reseñar lo que al respecto ha indicado esta Sala *"Tampoco lleva razón el recurrente. En su razonamiento hay un error esencial: creer que la falta de demostración de una circunstancia acredita la circunstancia contraria. Ese vicio del análisis es frecuente en un sentido común rudimentario, en el que se estima que al no haber una explicación, se puede echar mano a una causa o justificación deseada o imaginada. Si no hay pruebas de cómo se manipuló la droga, sencillamente puede afirmarse que no se sabe; pero no puede aseverarse que se violentó la cadena de custodia, porque no hay indicios que así lo sugieran. Esto implicaría que en aquellos casos en que falte la reseña, tendría que presumirse que hubo una violación, aunque no la haya habido, lo cual es absurdo. Lo correcto es que, detectado el acto o suceso que haya sido susceptible de alterar o hacer desaparecer el indicio físico, se proceda al examen de aquellos y a determinar la importancia que pueda tener para el juicio; sea que exista o no un recuento escrito puntual de la manipulación y custodia llevada a cabo. Lo relevante es el advenimiento de la alteración o desaparición; no el registro escrito, si bien este es un importante elemento esclarecedor. Por eso, carece en este caso de interés el que las actas del expediente sean omisas en cuanto a esos aspectos, pues de ello no surge ni por asomo, y el recurrente tampoco intenta acreditarlo, que se afectara los citados indicios. (Resolución 1003- 2001. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 9:25 minutos del 19 de octubre de 2001)."*

e) Cadena de custodia de la prueba: Grave irregularidad en su manejo por sí sola no acarrea nulidad

[Sala Tercera]⁵

Voto de mayoría

"El tercer alegato versa sobre la pretendida violación a la cadena de custodia en tratándose de la droga secuestrada en la investigación de este asunto. Señala la recurrente que se infringieron una serie de requisitos como la correcta rotulación de las etiquetas, o la consignación del nombre del funcionario encargado de recibirlas, el lugar de procedencia, y que además los paquetes iban abiertos. Todas las irregularidades mencionadas por la impugnante, de ser ciertas como en verdad aparentan serlo, son graves. Reiteradamente esta Sala ha hecho indicaciones en cuanto a ese tema. Lo mismo cabe decir en cuanto a los lineamientos emanados de la Corte Plena y la Comisión de Asuntos Penales. En razón de lo anterior, debe ponerse en conocimiento de la Sección de Asuntos Internos del Organismo de Investigación Judicial y de la Jefatura del Ministerio Público la inobservancia cometida en este asunto para que, con vista en el expediente, determinen los incumplimientos que haya y procedan a lo que en derecho corresponda. No obstante, al igual que se comentara en el considerando VI, la sola irregularidad en la cadena de custodia, por muy grave que sea como lo es en este asunto, no tiene la virtud de generar una nulidad. Se requiere una comprobación de que ello afectó la prueba, alterándola o haciéndola perder su valor acreditativo. Es decir, no basta con la mención de la irregularidad, debe demostrarse que esa inobservancia tuvo alguna consecuencia en el proceso y específicamente en cuanto al valor de esa prueba malamente manipulada. En este asunto, la defensora no señala cuál habría sido el perjuicio que la defensa habría sufrido con las omisiones denunciadas ni en qué se habría visto influida la prueba o los elementos probatorios que de ella derivaron, lo que hace inacogible el reclamo por falta de interés procesal."

f) Prueba espuria: Definición y consideraciones acerca de validez de la prueba relacionada con probanzas ilegítimas

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]⁶

Voto de mayoría

"II. PRIMER MOTIVO: [...] El artículo 181 del Código Procesal Penal exige que *"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"*. La prueba obtenida en el sub-judice es prueba espúrea por su irregular obtención en el proceso. La prueba ilícita es aquella obtenida por medios ilícitos." *Entendemos por "pruebas ilícitas", aquellas pruebas que sean obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes en el proceso"* (Armijo Sancho (Gilbert). Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Código Procesal Penal. Investigaciones Jurídicas S.A, San José, año 2001, página 179). La Sala Constitucional desde 1992 acepta que todas las violaciones a la legalidad referidas al debido proceso, se convierten automáticamente en infracciones constitucionales (voto

1739-92 de las 11:45 hrs del 1 de julio de 1992). Es de aquí y no de otra fuente de prueba, que se deriva el establecimiento de los hechos y la comprobación de los mismos. No hay fuente independiente, porque la Policía, no recabó ningún elemento probatorio autónomo, que le diera validez a la investigación y la fuente independiente debe ser anterior a la violación constitucional. Así lo ha resuelto la Sala Constitucional en el Voto No 2529-94 *"En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa denominada de la fuente independiente, según la cual la prueba que se deriva de un acto violatorio de las Garantías Constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida porque se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la constitución... La tesis de la mayoría de la Sala en relación con la validez de la prueba relacionada con otra prueba ilegítima puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima, entendiendo entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución"*. Tratándose entonces de un defecto absoluto (artículo 178 idem), se declara la invalidez e ineficacia del informe policial de folios 1 y 2 y el acta de decomiso de folio 3, prueba ilícita que de conformidad con el artículo 175 del Código Procesal Penal no tiene ningún valor probatorio para fundar una decisión judicial. En consecuencia se declara con lugar el primer motivo de casación por la forma, se revoca el fallo impugnado y por economía procesal se absuelve de toda pena y responsabilidad al acusado Juan Ignacio Salazar Alfaro, por el delito de Portación Ilícita de Arma permitida, que se le ha venido atribuyendo como cometido en perjuicio de La Seguridad Común. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo."

g) Prueba espuria: Declaración ante policía sin respetar garantías procesales

Teoría de los frutos del árbol envenenado

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]⁷

Voto de mayoría

" II. La licenciada Maricel Castro Salas Defensora pública del acusado plantea recurso de casación por la forma, con base en dos motivos: **Primer motivo:** Fundamentación ilegítima por basarse en prueba ilegal. Objeta que mediante la declaración de un testigo se incorpora una manifestación espontánea que hace su representado, la cual es tomada por el Tribunal como una declaración, como una aceptación del hecho y sobre esa " declaración" se basa para fundamentar su decisión, pues en la sentencia indica "... Esta circunstancia de aceptación de que se es responsable del arma de fuego es suficiente para determinar la existencia de elemento subjetivo del tipo penal específicamente el conocimiento de la existencia del arma.."

Como se extrae del fallo el Tribunal basa su decisión en la declaración que da el imputado, pero esa manifestación se recibe sin las garantías formales porque en ese momento el imputado no contaba con un defensor, ni tampoco consta que se le hayan hecho las prevenciones de ley, pues en los casos que una persona ostenta la condición de imputado o incluso de sospechoso dentro de un proceso penal, el Código Procesal Penal en su artículo 98 indica claramente que la policía no podrá recibirle declaración al imputado, y en caso de que manifieste su deseo de hablar deberá comunicar este hecho al Ministerio Público para que le reciba sus manifestaciones con las

formalidades previstas en la ley. Si se hace una supresión hipotética de la prueba del único testigo, lo que se extrae es la detención de un vehículo donde viajaban dos personas, cuando él llega ambos están fuera del vehículo y ninguno dijo quién era el chofer, por lo que no existe prueba directa que vincule a su defendido con el arma encontrada en el vehículo. Por economía procesal, solicita se case la sentencia recurrida y se absuelva a su defendido de toda pena y responsabilidad.

El motivo resulta atendible. De la escucha y observación del DVD se colige que el testigo Luis Humberto Brenes Céspedes declaró en debate lo siguiente: "*¿ Usted trabajó en Playa Grande?. Si. Año. Estoy trabajando desde el 99 .¿ Usted ha detenido o interceptado a la persona que está sentada a la par de la señorita defensora? El 19 de setiembre que tuvimos un operativo frente a la Terraza en Playa Grande, el día anterior hubo un asalto en la casa de unos extranjeros, una señora fue golpeada, amenazada, vendada los ojos, yo estaba a cargo del operativo entre Tamarindo y Playa Grande. Yo ese día me fui como a las siete de la noche a Playa Grande a hacer un operativo donde entre 8 a 10 me llamaron los compañeros que tenían un carro detenido que lo estaban revisando donde la persona que estaba adentro estaba un poco nerviosa, me presenté allá, donde se le hizo una revisión visual al vehículo se le pidió que mostraran lo que andaban, ellos lo sacaron, también se pidió que mostraran lo que portaban en la guantera. De la guantera se dio un arma de fuego se procedió con el protocolo, se llamó al Fiscal, él dijo que se averiguara si tenía los permisos, el cual no portaba ningún permiso de portación de arma, donde indicaron que se hiciera acta de decomiso e informe policial....¿ Cuántas personas iban en ese vehículo?. Dos.¿ Quiénes eran esas personas?. Exactamente los nombres no los recuerdo, pero los rostros si.¿ La persona que está sentada aquí iba en ese vehículo? Exactamente si, y otro muchacho con pelo más largo. ¿Cuál era la posición de este muchacho?. No. ¿Cuál de los dos era el dueño o decía que era el dueño del vehículo?. No, cuando yo llegué era asunto del arma.¿ Supieron de quién era esa arma? No, únicamente, ellos dijeron que no, él dijo que el arma en ese momento, ellos estaban (en la escucha y observación se nota la forma dubitativa en que el testigo contesta la pregunta), de quién es el arma, y él dijo es mía, como dijo que era de él, a él se le hizo el acta de decomiso.¿ Quién mostró esa arma, quién la entrego? Ellos la sacaron de la guantera. ¿ Los dos?. No, el que decía que era el dueño del arma, la sacó de la guantera y comenzamos a averiguar los datos del arma. ¿ Por qué no se investigó a quién pertenecía el vehículo?. Todo se investigó. Se llamó al 911 para ver si el vehículo tenía algo pendiente. Ellos estaban pendientes que llegara para hacer el acta de decomiso porque la compañera que estaba ahí con el asunto del arma les costaba decomisar, yo llegué con otro compañero y se le hizo el acta de decomiso. ¿Cuál es el procedimiento que utilizan en este tipo de operativo para revisar vehículos?. Si estamos nosotros se le pide que muestre lo que ande guantera, cajuela, debajo de los asientos, no nos podemos meter en el vehículo lo que ellos puedan mostrar y lo que nosotros podamos ver. ¿ Se consigna en el informe? Si (mueve la cabeza asintiendo), se dice visualmente lo que se puede ver.¿ Les hicieron algún tipo de prevención a la persona que le decomisaron el arma? Como que tipo.. (no se entiende). ¿ Qué tenían derecho abstenerse de declarar?. Desde que se observa el arma se le dan los puntos a seguir que tiene derecho a llamar, a no decir nada hasta que llega acá. ¿ Usted no estaba precisamente donde ellos fueron detenidos, al momento de la detención? Yo llegué y puse el punto donde se va a trabajar y me retiré al lado de Playa Negra para ver el área, ellos me llaman por frecuencia que viene un vehículo, estoy oyendo por la frecuencia lo que están hablando, les digo eso, cuando llego al lugar está el vehículo y ellos están afuera". Efectivamente de la deposición vertida por el policía Luis Humberto Brenes Céspedes se deriva que fue mediante interrogatorio policial que se obtuvo la confesión del acusado xxxxx, quien ante una pregunta formulada por el oficial Brenes *¿ de quién es el arma ?*, contestó " *es mía*". En la escucha y observación del DVD se repara que la declaración del testigo es dubitativa, cuando narra la forma como determinaron quién era el dueño del arma, porque inclusive en el informe policial de folios 1 y 2, se hizo constar que en el vehículo viajaban tres personas(en debate indicó que dos), pero admite que fue él quien les preguntó directamente a las personas que tenían como sospechosas fuera del vehículo, en virtud*



de un operativo que realizaban en la zona, por un asalto acontecido el día anterior, ¿ *de quién es el arma* ?. Lo que el imputado dijo en esas circunstancias a dicho testigo no puede ser fundamento para una condenatoria, ni la prueba proveniente de esa declaración (según la tesis de los frutos del árbol envenenado), porque para que la prueba tuviera validez tenía que haberse tomado con las garantías a las que se refieren los artículos 12, 91, 92, 93, 94, 95,96,97,98 y 99 del Código Procesal Penal. Lo que evidentemente no se hizo en este caso conforme se desprende de la deposición del testigo Brenes Céspedes. La única facultad que le otorga el legislador a la Policía es " *Podrá entrevistarlos únicamente con fines de investigación y para constatar su identidad, cuando no esté suficiente individualizado*" (*idem* 95 párrafo *in fine*). Esa actuación policial contraviene el numeral 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual confiere al acusado " *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable*" y el 36 de la Constitución Política " *En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo.....*" La prueba ilícita es aquella obtenida por medios ilícitos. " *Entendemos por " pruebas ilícitas", aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes en el proceso*" (Armijo Sancho (Gilbert). Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y la Transición al Nuevo Código Procesal Penal. Investigaciones Jurídicas S.A, San José, año 2001, página 179). El artículo 181 del Código Penal regula en forma expresa la problemática de la prueba ilícita y exige que " *Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme las disposiciones de este Código*". La prueba obtenida en el sub-judice es prueba espúrea por su irregular obtención en el proceso. La Sala Constitucional desde 1992 acepta que todas las violaciones a la legalidad, referidas al debido proceso, se convierten automáticamente en infracciones constitucionales (voto 1739-92 de las 11:45 hrs del 1 de julio de 1992). " *... Es decir, que en caso de violación de garantías y derechos fundamentales que le asisten al imputado, el juez de oficio debe proceder a anular el acto ilegal, así como sus consecuencias inmediatas o mediatas. Resumiendo, podría darse el caso de que las pruebas obtenidas, gracias a la confesión ilegal, no podrían sustentar un fallo condenatorio porque el juez, al declarar la nulidad de la confesión coactiva, debe necesariamente determinar si las pruebas presentadas a la audiencia son el producto del acto irregular. De verificarse esta situación debe declarar la nulidad del acto ilícito y de todos aquellos que tengan una relación de causalidad con éste; así se desprende del Código de Procedimientos Penales*". (*Ibidem* páginas 190 y 191). Es claro entonces que el policía Luis Humberto Brenes Céspedes conoció a quién le pertenecía el arma, a partir de la declaración extrajudicial que ante él, rindió el acusado xxxx. Es de aquí y no de otra fuente de prueba, que se deriva el establecimiento de los hechos y la comprobación de los mismos. No hay fuente independiente, porque la Policía, no recabó ningún elemento probatorio autónomo, que le diera validez a la investigación y la fuente independiente debe ser anterior a la violación constitucional. Así lo ha resuelto la Sala Constitucional en el Voto No 2529-94 " *En ese mismo orden de ideas, nos encontramos con la posición relativa denominada de la fuente independiente, según la cual la prueba que se deriva de un acto violatorio de las Garantías Constitucionales, pero también se originó en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida porque se desprendió de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la constitución... La tesis de la mayoría de la Sala en relación con la validez de la prueba relacionada con otra prueba ilegítima puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima, entendiéndose entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución*". Tratándose entonces de un defecto absoluto (artículo 178 *idem*) se declara la invalidez e ineficacia de la información obtenida con violación de garantías constitucionales, así como el acta de decomiso de folio 3, prueba ilícita que de conformidad con el artículo 175 del Código Procesal Penal no tiene ningún valor probatorio para fundar una decisión judicial. En consecuencia se declara con lugar el primer motivo de casación por

la forma, se revoca el fallo impugnado y se absuelve de toda pena y responsabilidad al acusado xxxx, por el delito de Portación Ilícita de Arma permitida, que se le ha venido atribuyendo como cometido en perjuicio de La Seguridad Común. Por innecesario se omite pronunciamiento en cuanto al segundo motivo.”

h) Prueba espuria: Sustracción de evidencia por parte de la víctima está autorizado por auto tutela en caso de difusión de pornografía

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]⁸

Voto de mayoría

III .- El **tercer acápite** de la impugnación lo constituye el reclamo sobre el carácter espurio del video aportado como prueba y la ilegitimidad de su incorporación al debate. Se enlistan como infringidos los artículos 24, 39, 41 de la Constitución Política; así como 1, 2, 6, 9, 142, 175, 176, 178 inciso a), 180, 181, 182, 184, 369 inciso c) y j) y 450 del CPP; también 1, 3, 5, 6, 7, 8 de la Ley 7425 y sus reformas. Indica el impugnante que el video fue prueba fundamental para condenar a su representado, video que fue sustraído por la ofendida xxxx de la oficina de su representado, llevándolo posteriormente al colegio e imponiéndose de su contenido conjuntamente con las orientadoras de dicha institución, lugar del cual fue recogido por el Ministerio Público. Por ello afirma que *“en el caso concreto no solo la recolección del video en el Colegio del Instituto de Alajuela, resultó ilegítima por no contar con orden jurisdiccional para llevar a cabo dicha diligencia, ya que el Ministerio Público se contentó con levantar una simple acta de hallazgo, sino que también se impusieron del contenido de la prueba sin que mediara orden de Juez Competente”* (folio 478). Resultando «curioso» para el demandante que el Ministerio Público sí haya solicitado la intervención del Juez de Garantías para la apertura de la evidencia. Deduciendo el quejoso que antes de dicha apertura ya se habían impuesto del contenido, conclusión que desprende de la solicitud que formula la Fiscal al Juez Penal para la apertura de la evidencia. **No se acoge el reclamo.** La cuestión había sido ya propuesta durante el debate, resolviéndola el Tribunal de Juicio de la siguiente manera: *“Es importante abordar en este momento, la tesis del señor defensor en el sentido de que ese casete es una prueba espuria por la forma en que fue obtenido, haciendo referencia a la sustracción que del mismo hiciera la menor xxxx, solicitando su declaratoria en ese sentido así como todos los actos y diligencias que del mismo se desprendan. El señor defensor invoca en su favor una serie de articulaciones procesales sobre la prueba ilícita y sobre el Registro y Secuestro de las Comunicaciones Privadas, amparándose en la ley especial que rige la materia. Sin embargo el Tribunal estima que dicha tesis no tiene la menor cabida en este proceso pues, los reclamos del señor defensor se dirigen a una acción que ejecuta la menor Xxxx, la cual efectivamente sustraé (sic) de la oficina del acusado dicha evidencia material. Pero en esa acción no existe ninguna participación de ninguna autoridad jurisdiccional, policial o del Ministerio Público a quienes si les es exigible el respeto de los procedimientos establecidos a fin de que la evidencia incautada pueda ser válidamente utilizada en el debate y en la sentencia, no a una menor que fuera de todo ámbito de investigación, se hace de una evidencia y la entrega en la orientación de una institución de enseñanza. Se trata de una acción de una particular al margen de todo proceso de investigación y por tanto no le puede ser exigible que respete el procedimiento y otorgue las garantías respectivas al acusado. Lo cierto del caso es que, una vez que dicha evidencia llega a*



manos de las autoridades competentes, se le brinda el manejo adecuado pues la Fiscalía levante (sic) el Acta de Hallazgo de folio 1, que en realidad debió ser un Acta de Decomiso, lo cual no tiene la menor importancia. Posteriormente se lleva dicha evidencia al Juzgado Penal ante el cual se plantea una Solicitud de Apertura de Evidencia que rola a folio 5 y, finalmente se realiza una sesión para la apertura de dicha evidencia con la debida participación del acusado y su defensor y de lo cual se levanta el Acta de Apertura de Evidencia de folio 13. De manera que el manejo de la evidencia a partir de su llegada a la corriente judicial, es correcta y ajustada a derecho, por lo que no existe ningún quebranto al procedimiento ni a los derechos del encartado. Lo contrario sucedería si es la policía o el Ministerio Público quien procede a la sustracción de esa evidencia de la oficina del acusado pues, a partir de ese momento dicha prueba estaría afectada por un juicio de total y absoluta invalidez y así tendría que ser declarada, pero ello no ocurre en este caso. Si el acusado estima que fue objeto de un hecho delictivo por la sustracción o por la supuesta extorsión que sufrió a manos de Xxxx, pudo haberlo denunciado, sin embargo no lo hizo. En virtud de lo expuesto, debe rechazarse la tesis de la defensa y el Tribunal mantiene la plena validez y legitimidad de esa evidencia material, así como de los actos jurisdiccionales que del mismo se desprenden, tratándose de una prueba base y esencial para la resolución de este proceso y en particular del delito previsto por el ordinal 173 del Código Penal y que incluye como ofendidas tanto a xxxx como a Xxxx. Para finalizar con el caso de xxxx, debemos indicar que igualmente el Tribunal tiene una plena y absoluta convicción que en su caso, la menor también fue víctima de un delito de Difusión de Pornografía” (folios 410 a 411). En síntesis, el a quo considera que el video no es prueba ilícita, pues a la menor no se le puede exigir que respete el procedimiento establecido en la Ley para la incautación de documentos, quedando sujeta únicamente a la responsabilidad que deriva de su acto; así mismo que tanto ella como la ofendida xxxx fueron víctimas de un delito de Difusión de Pornografía. Ya en cuanto al posterior manejo de la evidencia, se indica en sentencia que no se haya irregularidad alguna. Confrontadas tales razones con los argumentos que ofrece la Defensa es posible señalar que efectivamente no estamos en presencia de prueba prohibida por las razones que se dirán. No comparte esta Cámara la tesis que inicialmente se esgrime en sentencia para considerar lícita la prueba cuestionada. Parte el a quo de que la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervenciones de las Comunicaciones, establece obligaciones a las que no se encontraba vinculada la menor al momento en que obtiene el video, pues las mismas atañen a la autoridad jurisdiccional. Tal perspectiva no es la correcta. Nuestra Constitución establece como principio la inviolabilidad de documentos y comunicaciones, pero también se indica que por ley se determinará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de dichos documentos (art. 24). Así entonces, el secuestro, registro o examen de documentos, sólo podrá ordenarse por la autoridad jurisdiccional en los límites de la citada Ley. Por ello es únicamente el Juez competente quien de oficio o ante la petición de “la autoridad policial a cargo de la investigación, del Ministerio Público o de alguna de las partes del proceso” (art. 2 de dicha Ley), puede autorizar dicha actuación. De ello no puede desprenderse que únicamente el Juez competente se encuentra obligado a respetar dicho procedimiento y los restantes sujetos no; pues se trata de una ley dispuesta en función de tutelar una garantía constitucional y ello implica que es únicamente mediante el procedimiento dispuesto por Ley y por el Juez autorizado que se puede acceder a tales documentos. Sin embargo, sí lleva razón el a quo al afirmar que la prueba de marras no resulta ilícita por cuanto tanto la menor xxxx como xxxx fueron víctimas de un delito de Fabricación de Pornografía. Desde tal perspectiva cuando la menor xxxx se apodera del video no estaría cometiendo una sustracción ilegítima y por ende la prueba no deriva de un acto ilícito, como sostiene el demandante. Al declarar en debate xxxx manifestó: “...yo me quedé y prendí el tv. y estaba el vh. puesto y con una película dentro, lo puse y vi que era una película porno, pero lo adelanté y vi que era Adrián y luego vi a dos muchachas con uniforme del Instituto de Alajuela, lo seguí adelantando para ver que veía y me pareció verme a mí el día que me hizo los masajes reductivos, entonces lo saqué y me lo dejé, sea



el casete. Lo guardé en una cartera amarilla que me regaló Adrián ese día” (folio 432). Se desprende claramente de lo anterior que la deponente toma el video por cuanto cree haber sido filmada en actos de naturaleza sexual y también al reconocer a dos alumnas del Instituto de Alajuela que también fueron captadas en similar situación. Aunque la referida cinta había sido elaborada por el encartado JIMÉNEZ ARROYO y por ende era de su propiedad, el apoderamiento que de la misma realiza xxxx , sin el consentimiento del acusado, no es ilegítimo. El referido video había sido grabado sin el consentimiento de las menores, mismo que en todo caso no justificaba el hecho, captándose escenas de carácter indudablemente íntimas, pues fueron filmadas en actos sexuales. Por ello la referida menor al tomar el video y llevárselo realizó un acto de autotutela, tanto en cuanto creía que ella había sido grabada en un acto sexual, como en lo concerniente a las otras dos muchachas, cuya condición de menores le constaba por conocerlas y por su uniforme de colegio. En las circunstancias concretas no podía exigírsele a la menor que dejase en manos del encartado la referida cinta, lo cual implicaba el grave riesgo de difusión de la misma con el evidente perjuicio del derecho a la intimidad de ella y las otras menores. Tampoco puede venir el encartado a reclamar la tutela de su derecho a la propiedad de ese video, ni en ese entonces ni ahora, pues era y es material delictivo y afectaba los derechos de menores de edad. Podría replicarse que la menor xxxx debió acudir a las vías legales correspondientes para incautar el video e impedir su exhibición. Sin embargo no sería correcto imponerle tal proceder, pues el mismo le colocaba en un riesgo que no tenía por que asumir, pues bien podía la cinta ser exhibida u ocultada y ambas situaciones provocaban un perjuicio no reparable para los derechos de menores de edad. Lo dicho apunta a la existencia de una colisión de intereses, la cual no puede ser resuelta mediante la tutela de un interés ilícito –el del imputado en conservar el video pornográfico- y si en la tutela de la intimidad de varias menores de edad. Lo anterior hace que el apoderamiento no sea ilícito, al concurrir una causa de justificación. Tal situación se encuentra expresamente prevista por el legislador en lo concerniente a las comunicaciones, pues en el artículo 29 de la Ley 7425 se indica que *“cuando la persona que participa en una comunicación oral, escrita o de otro tipo, mediante la cual se comete un delito tipificado por la ley, la registre o la conserve, esta podrá ser presentada por la persona ofendida, ante las autoridades judiciales o policiales, para la investigación correspondiente”*. Si bien lo anterior no está específicamente establecido respecto de documentos, tales como cintas de video, ello no impide la aplicación de las normas generales que respecto al estado de necesidad contiene nuestra legislación (art. 27 CP). No se trata de que se este tutelando un riesgo procesal y se afirme que la actuación de la menor es correcta por conducir a la averiguación de un hecho delictivo, pues la averiguación de la verdad real debe realizarse respetando la ley procesal y ello conlleva que el secuestro, registro o examen de documentos, debe hacerse conforme a la Ley 7425. Si no que el peligro que legitima la actuación de la menor, el apoderarse de la cinta, consiste en la posibilidad de que el material pornográfico, en el cual creía había sido captada su imagen y la de otras menores, fuera difundido o copiado. Lo anterior no solamente implica la defensa de un derecho propio y de terceros (intimidad), sino también el evitar la comisión de un hecho delictivo (Difusión de Pornografía, art. 174 CP). Aunque finalmente resultó que la menor xxxx no aparecía en el referido video, lo anterior no modifica lo ya dicho. Conforme relató la mencionada menor, ella creyó observarse en el video y también identificó a otras dos menores estudiantes; tal error, pues luego se comprobó que ella no figuraba en la película, implica la suposición de una situación que le exigía el proceder dicho. Debiendo tomarse en cuenta que el efecto de la justificante aludida es la eliminación del desvalor de acción (cfr. entre otros: LUZÓN PEÑA. Curso de Derecho Penal, 1996, pp. 622-623). Pero además, cuando la ofendida xxxx toma la cinta, también lo hace en razón de haber reconocido a otras dos estudiantes menores de edad, las cuales también aparecen en escenas eróticas y ello implica la defensa de un bien jurídico ajeno. Aunque se ha especulado por parte de la Defensa que la intención de la referida menor era extorsionar al encartado, en sentencia se tiene por cierto que ese no fue su propósito. En el anterior sentido se dice en la resolución: *“Veremos como Xxxx es clara al indicar como se dirige*



directamente el Instituto de Alajuela una vez que observa el video y la participación de colegialas en el mismo y creemos firmemente que, si la menor hubiese realmente pedido la suma de cincuenta mil colones por recuperar ese video, el acusado gustoso los habría pagado consiente de la enorme responsabilidad que a partir del mismo se desprendía” (folios 396 a 397). Lo anterior es posteriormente reafirmado por el *a quo* al señalar: “El Tribunal ya fue amplio y explícito al indicar las razones por las cuales estima que dicha prueba no reviste ninguna ilegalidad ni ilicitud. La menor, en un acto espontáneo, al ver que en el casete hay colegialas y hasta le parece verse a sí misma, opta por llevarse el mismo hacia el Instituto de Alajuela, donde lo entrega a una de las orientadoras. Ya el Tribunal ha sido amplio y determinante al indicar que a esta actuación no le es aplicable todo el procedimiento para el secuestro e intervención de documentos privados pues, se trata de una acción que se realiza al margen de toda participación de autoridades jurisdiccionales. Consideramos, que muy lejos de haber pretendido extorsionar al encartado con ese casete, la menor *Xxxx* lo que hace es llevarlo a la institución dicha y en eso ella es clara y contundente y no existe elemento alguno para considerar lo contrario. Es mas, con toda certeza podemos indicar que si esa menor le hubiese pedido dinero al encartado por entregarle esa evidencia, éste no hubiere tenido reparo en darlo conocedor de la enorme responsabilidad que dicha prueba le representaba. El Tribunal estima que no hubo nunca ese intento de extorsión, sin embargo aún y cuando hipotéticamente se hubiese dado, ello no introduciría ninguna variable a este cuadro fáctico tenido por acreditado ni hubiera hecho variar en lo más mínimo el ánimo de los juzgadores” (folios 438 a 439). En conclusión, no resulta ilícita la obtención de la cinta de video cuestionada, pues la misma contenía imágenes de menores de edad en actos sexuales, hecho por el cual fue condenado el imputado, razón por la cual la actuación de la menor *xxxx* al tomarla evitaba el grave riesgo de que la filmación fuese exhibida o bien que se hicieran copias de la misma, lo cual también constituye un delito autónomo (arts. 173 y 174 CP). Autotutela que ejerció tanto en la firme creencia de que su imagen aparecía en la película, la cual resulto errónea, como en la constatación de que otras menores de edad también fueron captadas en actos sexuales. Debiendo reiterarse que no le era exigible a la mencionada joven que dejase la cinta en manos del encartado exponiéndose al peligro señalado, como tampoco cabía esperar que acudiese a las vías legales para evitar la comisión de los posibles delitos señalados, pues por la edad de la menor y las circunstancias concretas no quedaba debidamente garantizado que se impediría la eventual comisión de los delitos mencionados. Por otra parte, considera esta Cámara, compartiendo los argumentos del *a quo*, que la intención de la menor fue la indicada y no la de extorsionar al encartado. Finalmente, debe recalcar que se acoge la tesis del *a quo*, en cuanto considera valida la prueba por ser la cinta de video el cuerpo del delito, no pudiendo tutelarse directamente la posesión o propiedad sobre bienes de esta naturaleza, aunque sí indirectamente, ya que de otra manera se protegería una acción delictiva. Ello conduce a señalar que lo preponderante en el presente asunto ha sido la protección de un interés sustantivo, evitar el grave peligro de que se cometieran nuevos hechos delictivos en perjuicio de menores de edad, no una cuestión de carácter procesal. Ya en cuanto al posterior manejo de la cinta de video, aspecto que también es criticado por el demandante, tampoco existen irregularidades en el mismo. Según se tiene por cierto, lo cual no es cuestionado, la menor *xxxx* llevó la filmación al colegio donde la entregó a una funcionaria de dicha institución, observaron la misma y al notar su contenido pusieron los hechos en conocimiento del Ministerio Público. El demandante cuestiona concretamente que el Ministerio Público no haya solicitado la orden de un Juez para recoger el video en el colegio. No era imprescindible tal orden. Las formalidades procesales no constituyen meras exigencias carentes de todo contenido, sino que obedecen a determinadas finalidades. Desde tal perspectiva la participación del Juez competente en la adquisición de un determinado documento privado es una garantía dispuesta en tutela de un derecho constitucional (art. 24 Constitución Política). En el caso concreto la cinta de video pornográfico ya había sido tomada por la joven *xxxx*, como se ha dicho de manera lícita pues evitaba la comisión de hechos delictivos en su perjuicio y de otras menores, por ello no estaba el



Ministerio Público incautando el bien de manos del encartado, sino recibéndolo de quien lo había tomado. Debe tenerse presente que el secuestro del documento constituye una actividad de coerción procesal encomendada al Juez (art. 2, Ley 7425); así lo ha definido la doctrina indicando: *“Es la aprehensión y retención de la cosa o efectos relacionados con el hecho que se investiga, limitando el derecho de uso y goce sobre ellos con finales de prueba”* (CLARIÁ OLMEDO, Derecho Procesal Penal, t. II, 2004, p. 386). Por ello, no se requería de una actuación coercitiva, pues precisamente el bien no se encontraba en manos del encartado JIMÉNEZ ARROYO, sino que el mismo le fue entregado voluntariamente por la persona que en ese momento lo tenía; por ello la participación del Juez, según lo pretende el impugnante, no tenía ningún sentido en ese momento. Ya luego, ante petición del Ministerio Público, sí participa el Juez al momento en que se observa por las autoridades judiciales el video pornográfico. De ello da noticia la sentencia, consignándose: *“Posteriormente se lleva dicha evidencia al Juzgado Penal ante el cual se plantea una Solicitud de Apertura de Evidencia que rola a folio 5 y, finalmente se realiza una sesión para la apertura de dicha evidencia con la debida participación del acusado y su defensor y de lo cual se levanta el Acta de Apertura de Evidencia de folio 13” (folio 411). No existe ningún indicio, contrario a lo que insinúa la Defensa, que antes de la intervención del Juez el Ministerio Público se haya impuesto del contenido de la cinta de video. Por las razones dichas se declara sin lugar el alegato esgrimido.”*

i) Tenencia y portación ilegal de arma permitida: Prueba obtenida por policía que realiza requisa sin las garantías legales

[Tribunal de Casación Penal]⁹

Voto de mayoría

“I.- En el único motivo de impugnación, presentado por la defensora pública del encartado G. S, se cuestiona la violación al debido proceso por incorporación de prueba ilegal. Invoca los artículos 1, 2, 6, 12, 13, 142, 181, 189 y 369 del Código Procesal Penal, numerales 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Argumenta que el operativo realizado, y que dio sustento a la sentencia condenatoria, fue llevado a cabo con total violación de la Constitución Política y la legislación procesal vigente. Se demostró que la policía llegó donde se encontraba su representado en compañía de unos amigos y manifestó que estaban realizando una requisa, por lo que su defendido mostró el bolso tipo canguro donde portaba el arma de fuego que no tenía permiso. Aduce que en este caso no existía algún tipo de sospecha o investigación que justificara la requisa, lo cual, según indica, fue aceptado por los mismos oficiales de policía. Considera que el actuar de la policía violenta el artículo 189 del Código Procesal Penal y el 37 de la Constitución Política, por lo que la diligencia es absolutamente ilegal. La impugnante cita varios votos de este Tribunal de Casación Penal, en el sentido de que debe existir algún indicio respecto a la comisión de un delito. En el caso concreto, la policía andaba haciendo *“requisas de rutina”*, independientemente de que se tratara o no de un sospechoso, por lo que el acto resulta ilegal. Solicita se declare con lugar el motivo y se absuelva directamente a su patrocinado de toda pena y responsabilidad. Posición del Ministerio Público. La representante del Ministerio Público se opuso a la pretensión de la recurrente y solicitó se declare sin lugar el recurso interpuesto. **Con lugar el motivo.** En el presente asunto se acusó al justiciable de la presunta comisión del delito de Portación Ilegal de Arma. Según la relación de hechos contenida en la pieza acusatoria *“el día once de diciembre de dos mil dos, al*



ser aproximadamente las veinte horas treinta minutos, los oficiales de la Policía de Proximidad de Santa Bárbara, observan al encartado L. M. G. S, por las inmediaciones de San Bosco de Santa Bárbara, aproximadamente trescientos metros al oeste de la Iglesia de San Bosco, el cual portaba consigo en un bolso tipo canguro un arma de fuego revólver, calibre 37, marca Smith & Wesson, serie NEJ7725, sin contar con el permiso para portar armas"... (folios 24 y 25 del legajo principal). En la sentencia recurrida, el tribunal tuvo por acreditados los hechos, así como la existencia del delito atribuido. Sin embargo, conforme se reclama en el recurso, la acción desplegada por la policía y que finalmente dio pie al decomiso del arma, no se encuentra ajustada a derecho. En efecto, el propio oficial de policía, señor Eddy Roberto Ramírez Alfaro, cuya declaración fue recibida de viva voz en el debate, fue contundente al señalar que en el presente caso no existía ninguna investigación o sospecha sobre el encartado. Todo se debió a a que el entonces jefe del Puesto de Santa Bárbara de Heredia, señor Mauricio Soto Zumbado, había dispuesto la realización de "chequeos" y requisas a las personas que se encontraban en la calle. Es de esta forma que llegan donde se encuentra el imputado junto a otras personas y de inmediato les advierte que van a proceder a "requisarlos", momento en el cual el imputado les entrega el bolso con el arma. Por su parte el testigo Juan Carlos Sánchez Solís, nombre que se extrae del acta de debate, pues en la sentencia se consigna el mismo nombre y apellidos para ambos deponentes, reiteró que se trató de un operativo de rutina, donde no existía algún sospechoso y en el cual se procedía a requisar a las personas que se encontraban. En cuanto al imputado, señaló que " A él lo requisó otro compañero. Yo fui el que le pregunté, le indiqué si tiene permiso de portación y me indicó que no porque era del papá. Le preguntaba si sabía que de permiso de portación, él no dijo nada" (folio 79). De lo anterior se derivan varias premisas. En primer lugar, los oficiales de policía de la zona habían recibido una orden del superior quien les mandó a investigar y requisar a las personas que se encontraban en la calle. En segundo lugar, contra el imputado no existía alguna sospecha o investigación pendiente. Es dentro de ese control rutinario que se acercan donde el ahora justiciable, quien se encuentra con unos amigos, y la policía les advierte que va a proceder a requisarlos. Es en ese momento y con el fin de evitar la requisa, que el encartado le entrega el bolso tipo canguro con el arma de fuego, por lo que, de inmediato, proceden a decomisarla. La requisa personal o cacheo superficial, como se denomina en el argot policial, es una diligencia que consiste en la palpación externa, superficial, con las manos, del perfil corporal, a fin de tratar de localizar alguna prueba u objeto del delito, o bien por razones de seguridad. Como la define nuestro Código Procesal Penal, es aquella actuación, autorizada al Ministerio Público, que tiende a "descubrir el cuerpo del delito: la cosa objeto del mismo, los instrumentos utilizados para su comisión y piezas de convicción, mediante un registro externo del cuerpo". Partiendo que es un acto al que se le otorga eficacia probatoria a través del acta que documenta la realización del mismo, presupone que se realiza en aquellas situaciones en que existan motivos suficientes para presumir que oculta en su ropa, o lo lleva adherido al cuerpo, objetos relacionados con el delito. La requisa supone "motivos suficientes" de que se ocultan bienes relacionados con el delito, es decir, algún indicio grave de su vinculación en un hecho sancionado en el ordenamiento jurídico. En el caso concreto la policía no contaba con prueba directa o indiciaria que señalara que el imputado, o alguno de los presentes, estuviere cometiendo un delito o portare rastros o elementos derivados de una delincuencia. Fue, simplemente, una acción oficiosa y preventiva. El hecho de que ante la amenaza de la requisa el imputado mostrara voluntariamente el bolso, no enerva la irregularidad del acto, pues está claro que fue precisamente la acción de la policía, la advertencia y la inminencia del acto, lo que persuadió al imputado a entregar y mostrar el bolso. Tampoco resulta atendible la tesis de que el acto es válido porque lo ordenó un superior, pues resulta evidente que éste también se puede equivocar y disponer acciones sin respaldo jurídico. Sobre esta misma temática, este Tribunal de Casación mediante voto de mayoría No: 2007-572, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de mayo de dos mil siete indicó: "El artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica señala que ninguna persona será privada de su libertad "sin un indicio comprobado de haber



cometido delito", lo cual hace referencia a que deben existir elementos de prueba que permitan a la policía u otra autoridad para poder afectar la libertad de un ciudadano, lo cual pone en vigencia los principios *pro homine* y *pro libertati* que inspiran el sistema democrático constitucional. Siendo excepcional la privación de libertad, para poder someter a un ciudadano a una restricción de esa naturaleza deben mediar elementos de prueba que razonablemente analizados permitan sostener que pudo haber participado en la comisión de un hecho delictivo o una infracción penal. Dicho esto es claro que viola el texto constitucional la autoridad que detiene a una persona por sospechas. En el presente caso, la misma acusación penal de folio 23, que viene a determinar el objeto probatorio del proceso, establece que la actuación funcional de los oficiales de policía se origina en la "actitud sospechosa" del imputado. Esa génesis de la actuación policial, reconocida expresamente en la redacción de la acusación, no podría sustentar un actuar subsecuente y legítimo. Desde esta perspectiva la detención, partiendo de dicha fundamentación fáctica de la acusación, resulta ilegítima, lo que también se extendería a la obtención de la prueba que se obtuvo de la requisa, la que habría llegado ilícitamente al proceso, por ser producto directo de la violación a la norma fundamental, y como lo previó el artículo 175 del Código Procesal Penal, no pueden ser valorados para fundar una decisión judicial. Igual suerte debe correr lo relativo a la resistencia a la autoridad, pues sólo se configura el tipo penal cuando la actuación del funcionario es legítima, pero al tratarse de una detención por sospechas, los actos dirigidos a esa restricción de libertad son ilegítimos y por ello el ejercicio de fuerza para impedir la detención no constituye delito alguno". En el mismo sentido Cfr: Voto 2006-1054 de las ocho horas cincuenta minutos del seis de octubre de dos mil seis. Por las razones expuestas procede acoger el reclamo, revocar la sentencia y absolver de toda pena y responsabilidad a L. M. G. S. del delito de portación ilegal de arma que se le ha venido atribuyendo. Siendo que el arma incautada no se encuentra inscrita se mantiene el comiso en favor del Estado. Se resuelve sin especial condena en costas."

j) Prueba espuria: Imputada que voluntariamente entrega droga que lleva dentro de su cuerpo

Aplicación de doctrina del hallazgo inevitable como excepción

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹⁰

Voto de mayoría

" II.- [...] En todo caso, aún y cuando hipotéticamente se considerara que en este caso se incurrió en una actuación policial arbitraria, desproporcional e irrespetuosa del derecho de la encartada a no autoincriminarse, produciendo así prueba en su contra (situación que, se reitera, debe descartarse), no podría dejarse de lado que en el contexto en el cual éste entregó personal y voluntariamente la droga que llevaba en su área genital, el hallazgo de la misma resulta inevitable, pues de no haber accedido a hacerlo ante el pedido de la oficial de seguridad, la misma hubiera tenido que realizar la requisa, de la cual se hubiera obtenido idéntico resultado. Lo anterior nos obliga a mencionar la doctrina del HALLAZGO INEVITABLE, desarrollada por la jurisprudencia estadounidense como un correctivo a la tesis más radical de los FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO, misma que ha sido retomada por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (la cual comparten estos jueces de casación), indicando lo siguiente: "... La situación irregular que describe el recurrente y que constituye la base de su reclamo, esto es, la



violación por parte de las autoridades de investigación del derecho constitucional del imputado a no producir prueba en su contra, no reviste ningún carácter esencial dentro de los fundamentos de la decisión, por lo que no se aprecia la existencia de un agravio real y efectivo. En efecto, tal y como acertadamente lo razonaron los jueces de instancia en el fallo ... si el acusado E.F. no hubiera abierto voluntariamente la maleta en la que se transportaba la droga, ello no hubiera implicado ningún obstáculo para determinar su contenido, pues -tomando en cuenta que la misma ya había sido secuestrada por las autoridades y era mantenida en custodia- simplemente hubiera sido abierta por otros medios, incluso mediante el empleo de la fuerza. Lo anterior significa que si bien, por principio general, la prueba obtenida mediante una infracción procesal o por medio de la lesión de derechos fundamentales implica automáticamente su exclusión del proceso y la imposibilidad absoluta de valorarla a fin de fundar una decisión jurisdiccional, siendo precisamente ésta la regla que incorpora el artículo 175 del Código Procesal Penal, entre otras existe una excepción a ello: la doctrina del hallazgo necesario o inevitable, desarrollada por la jurisprudencia estadounidense como una atenuante a la regla de exclusión antes comentada (En ese sentido véase Cortés Coto y otro, “LA PRUEBA ILÍCITA O ESPURIA EN LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL”, editado por la Escuela Judicial, San José. 1ª edición, 1995, página 9). Según esta tesis, si se llegase a demostrar que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto u obtenido en forma inevitable o segura a partir de las investigaciones legítimas que ya se estaban llevando a cabo en ese momento, aquella será válida. Tal es la situación que se nos presenta en el caso de marras, donde -conforme se explicó- la maleta como tal, incluyendo obviamente su contenido, ya había sido secuestrada por las autoridades de policía con la debida fiscalización del juez penal (e incluso con la presencia de representantes del Ministerio Público y de la Defensa Pública), de modo que la acción desplegada por el coencartado E.F., quien la abrió mediante el uso de la respectiva llave, en nada alteró el resultado de la investigación ya en curso ...”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 125-01 de las 10:36 horas del 02 de febrero de 2001.”



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 413 de las once horas treinta minutos del veintisiete de octubre de dos mil nueve. Expediente: 07-200605-0457-PE.
- 2 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 473 de las dieciséis horas treinta y cinco minutos del treinta y uno de marzo de dos mil nueve. Expediente: 07-000086-0006-PE.
- 3 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 64 de las diez horas veinte minutos del diecisiete de febrero de dos mil nueve. Expediente: 08-000015-0285-PE.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1105 de las nueve horas treinta minutos del primero de noviembre de dos mil dos. Expediente: 00-001996-0647-PE.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 959 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticinco de agosto de dos mil. Expediente: 98-202258-0431-PE.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ.- Sentencia número 38 de las diez horas del seis de febrero de dos mil nueve. Expediente: 06-200954-0396-PE.
- 7 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ.- Sentencia número 231 de las ocho horas del veintiocho de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 06-001178-0412-PE.
- 8 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 239 de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de mayo de dos mil ocho. Expediente: 06-000957-0305-PE.
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.- Sentencia número 468 de las dieciséis horas veinticinco del veintiséis de mayo de dos mil ocho. Expediente: 06-000840-0382-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN.- Sentencia número 172 de las diez horas veinte minutos del veinticinco de abril de dos mil ocho. Expediente: 07-000694-0305-PE.