



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

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: PRUEBA ESPUREA

#### SUMARIO:

NORMATIVA.....	3
Constitución Política de Costa Rica.....	3
ARTÍCULO 40.....	3
Código Procesal Penal.....	3
ARTÍCULO 180.....	3
ARTÍCULO 181.....	3
ARTÍCULO 182.....	3
ARTÍCULO 183.....	3
ARTÍCULO 184.....	4
DOCTRINA.....	4
1.REVISTA DE CIENCIAS PENALES.....	4
a.Límites al derecho a la prueba.....	4
b.Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba.....	5
c..El error de la "verdad material" como libertad absoluta del juez penal.....	6
d.Pruebas ilícitas. Ubicación del tema.....	7
e.Las pruebas ilícitas: límites del tema.....	8
f.La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos.....	9
2.NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA.....	10
3.TEORÍAS ILICITUD DE LA PRUEBA.....	12
a.Validez de la prueba obtenida por efecto reflejo.....	12
b.Doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	12
c.La excepción de la Fuente Independiente.....	14
d.Excepción de la Atenuación.....	14
e.La excepción del Descubrimiento Inevitable.....	15
JURISPRUDENCIA.....	15
1.El principio de legitimidad de la prueba.....	16
2.La prueba ilícita y los principios constitucionales.....	16
3.Validez Prueba relacionada con Ilegítima sino proviene de ilegítima.....	18
4.Desarrollo de "exclusión e inclusión hipotéticas" para determinar si la prueba es esencial o no.....	19
5.Legitimidad de la prueba y prueba espuria.....	20
6.Exclusión hipotética de prueba ilegítima que no afecta la	



resolución.....	24
FUENTES UTILIZADAS .....	28

**RESUMEN**

El presente informe contiene un estudio sobre lo que es la Prueba Espurea. Incluye doctrina y normativa sobre el tema y algunos de las resoluciones más importantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia así como de la Sala Constitucional.

Se abarcan temas como la naturaleza jurídica de la prueba ilícita, la inadmisibilidad de las mismas y las diversas teorías de ilicitud de la prueba.

En la jurisprudencia se incluyen temas como la exclusión hipotética de la prueba que no afecta la resolución, el principio de legitimidad de la prueba, validez de la prueba relacionada con la prueba ilegítima, y la inclusión y exclusión de la prueba para ver si estas afectan a la esencialidad de la misma.



**DESARROLLO:**

**NORMATIVA**

**Constitución Política de Costa Rica<sup>1</sup>**

**ARTÍCULO 40.** - Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula

**Código Procesal Penal<sup>2</sup>**

**ARTÍCULO 180.-** Objetividad El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.

**ARTÍCULO 181.-** Legalidad de la prueba 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. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.

**ARTICULO 182.-** Libertad probatoria Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.

**ARTÍCULO 183.-** Admisibilidad de la prueba Para ser admisible, la prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y deberá ser útil para descubrir la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente



superabundantes. El tribunal puede prescindir de la prueba cuando esta sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

**ARTÍCULO 184.-** Valoración El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.

## DOCTRINA

### 1. REVISTA DE CIENCIAS PENALES<sup>3</sup>

#### a. Límites al derecho a la prueba.

El derecho a la prueba, aún cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa y el contradictorio, no es absoluto, reconociendo límites.

Son ejemplos de esos límites los impedimentos para deponer de personas que, en razón de función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto (art. 207 CPP); o la negativa a deponer consentida a los parientes y afines del acusado (art. 206 CPP); o las restricciones a la prueba establecidas en la ley civil, cuando se trata del estado civil de las personas (art.155 CPP).

Es que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural restricción resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. Las grandes líneas evolutivas de los derechos fundamentales, después del liberalismo, acentuaron la transformación de los derechos individuales en derechos humanos inscritos en la sociedad. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de derecho, tanto los derechos como sus limitaciones.

Otro orden de consideraciones también lleva a la necesidad de colocar límites al derecho a la prueba: el proceso solo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes.



Por eso es que el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal Militar, en reglas consideradas superlativas y aplicables a todo y cualquier proceso, consideran inadmisibles los medios de prueba moralmente ilegítimos (art.132 CPC) o que atenten contra la moral y la seguridad individual o colectiva (art. 293 CPPM).

Y es precisamente en el proceso penal, donde resalta la libertad individual, que se torna más nítida la necesidad de poner límites a la actividad instructoria. La dicotomía "defensa social-derechos individuales" asume frecuentemente connotaciones dramáticas en el juicio penal y la obligación del Estado de sacrificar en la menor medida posible los derechos de la personalidad del acusado se transforma en la piedra de toque de un sistema de libertades pública.

#### **b. Método probatorio y legalidad en el régimen de la prueba.**

Es por eso que la investigación y la lucha contra la criminalidad deben ser conducidas de cierta manera, de acuerdo con un rito determinado, en la observancia de reglas pre-establecidas. Si la finalidad del proceso no es la de aplicar la pena al reo de cualquier modo, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable. El método a través del cual se indaga debe constituir, por sí solo, un valor, restringiendo el campo en que se ejerce la actuación del juez y de las partes.

Así entendido, el rito probatorio no configura formalismo inútil, transformándose por sí mismo en una finalidad legal, en una exigencia ética a ser respetada, en un instrumento de garantía para el individuo. La legalidad en el régimen de la prueba no indica un retorno al sistema de la prueba legal, sino que señala la defensa de las formas procesales en nombre de la tutela de los derechos del acusado: las viejas reglas de la prueba legal se presentaban como reglas para la mejor investigación de la verdad; su valor era un valor de verdad. Hoy, bien por el contrario, las reglas probatorias deben ser vistas como normas de tutela de la esfera personal de libertad: su valor es un valor de garantía.

De dos maneras puede ser regulado el sistema de legalidad de las pruebas: podemos establecer, positivamente, determinadas modalidades para la admisibilidad de las pruebas; o el material probatorio puede ser seleccionado, negativamente, a través de una serie de reglas de exclusión.

Corresponde destacar que una cosa son las reglas legales sobre valuación judicial, hoy superadas y otra, bien distinta, son las



reglas de admisibilidad o de exclusión de determinados medios de prueba. Estas últimas deben ser aceptadas y establecidas aunque en el plano de investigación de los hechos puedan representar algún sacrificio.

**c. El error de la "verdad material" como libertad absoluta del juez penal.**

El concepto de verdad material como principio atinente a la investigación probatoria, fue objeto de polémicas ya clásicas por parte de los estudiosos del proceso civil y del proceso penal.

La prueba penal es una reconstrucción histórica: es irrelevante que los hechos sean incontrovertidos y a pesar de la conformidad de las partes el juez penal debe investigar siempre, con la finalidad de recoger la prueba que pueda hacerle conocer los hechos reales y verdaderos. Por eso se dice que en el proceso penal no rige la verdad formal sino la verdad material. Más, en todos los sectores de conocimiento la noción de verdad está constantemente condicionada a aquella serie de valores que se traducen por el método a través del cual se desenvuelve su búsqueda.

La dicotomía "verdad material-verdad formal", que podría resultar simplemente imprecisa, pero no provocadora de serias consecuencias negativas, se transforma en algo más grave, terminando por perjudicar la teoría y la práctica penal.

Es que, según una posición o postulado básico sobre el cual se cimienta todo el sistema procesal penal éste es presentado bajo el criterio de preeminencia de la pretensión punitiva, como expresión de autoridad estatal y por el principio de búsqueda de la verdad material.

La libertad del juez penal fue vista como instrumento esencial para la realización de la pretensión punitiva del Estado; el juez penal, a diferencia del juez civil, debería estar dotado de poderes ilimitados, a los efectos del ajuste de los hechos, porque el descubrimiento de la verdad, obtenida de cualquier forma, es la premisa indispensable para alcanzar el fin de la "defensa social". Y es así que la búsqueda de la verdad se transforma en un valor más precioso que la protección de la libertad individual.

A esta posición se responde demostrando que, tomado ese camino, se perderá fatalmente el sentido de cualquier límite y la verdad absoluta se tornaría un mito que corresponde al ilimitado poder del juez.



Es suficiente un instante de reflexión para percibir que el modo de proceder no puede valer más que el resultado. Dos procesos pueden ser imaginados: uno, en que la dignidad del hombre es envilecida; otro, en el que es respetada. Este último hace tolerables hasta los mismos errores inevitables.

Por eso es que el término "verdad material" debe ser tomado en su sentido correcto: por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su comportamiento procesal, quieran ejercer sobre ella; por otro lado, en el sentido de una verdad que, no siendo "absoluta" u "ontológica" ha de ser antes que nada una verdad judicial, práctica, y sobre todo, no una verdad obtenida a cualquier precio, sino una verdad procesal-mente válida.

#### **d. Pruebas ilícitas. Ubicación del tema.**

La cuestión de la denominada "prueba ilícita" se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.

La prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida.

La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal, o a un principio de derecho positivo.

Mas la prohibición puede ser establecida ya sea por la ley procesal, ya sea por la norma sustancial (por ejemplo constitucional o penal); puede, también, ser expresa o puede ser implícitamente deducida de los principios generales.

En el campo de las prohibiciones de la prueba, la tónica está dada por la naturaleza procesal o sustancial de la prohibición: ésta tiene naturalezas exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso; tiene, por el contrario, naturaleza sustancial, cuando, aún sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso.

La distinción es relevante: la violación del impedimento configura, en ambos casos, una ilegalidad; mas, en tanto en el primero habrá





un "acto ilegítimo", en el segundo habrá un "acto ilícito" o inexistente.

Acompañando esa terminología, se dice que la prueba es ilegal toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida.

Para la violación del impedimento meramente procesal basta la sanción erigida a través de la nulidad del acto cumplido y de la ineficacia de la decisión que se funde sobre los resultados de la introducción. Mas el punto que da origen a mayores discusiones es aquel atinente a la relevancia de las pruebas cuya obtención constituya acto materialmente ilícito.

Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad.

Constituyen, también, pruebas ilícitas las obtenidas con violación del domicilio (art. 5, XI, CF), o de las comunicaciones (art. 5, XII, CF); las conseguidas mediante tortura o malos tratos (art. 5, II, CF); las recogidas infringiendo la intimidad (art. 5, X, CF), etc.

La tutela constitucional de la intimidad, de la honra o de la imagen personal parece justificar, ahora más que nunca, la negativa del sospechoso o del acusado a someterse a exámenes de partes íntimas, así como a pruebas degradantes como el "bafómetro", toda vez que nadie puede ser obligado a producir pruebas contra sí mismo.

#### **e. Las pruebas ilícitas: límites del tema.**

El tema, así ubicado, está limitado en su contenido en cuanto a la oportunidad a lo dicho respecto del acto ilegal.

El momento oportuno es aquel de la operación a través de la cual la prueba es obtenida para ser producida en el proceso: momento normalmente anterior y de cualquier modo externo con relación a aquellos en que se descompone el propio procedimiento probatorio.





Las actividades procesales concernientes a la prueba se desdoblan en cuatro momentos. Las pruebas son: a) Propuestas (indicadas o requeridas); b) Admitidas (cuando el juez se pronuncia sobre su admisibilidad); c) Producidas (introducidas en el proceso); d) Apreciadas (valoradas por el juez).

El problema de las pruebas ilícitas, así delimitado, está circunscrito a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio; por otro lado, no concierne al problema del contenido y de la veracidad de la prueba, el cual se proyecta al ámbito de su valoración.

El tema ofrece dos aspectos distintos, uno de derecho sustancial y otro de derecho procesal. El primero concierne a la constatación del acto ilícito; el segundo relativo a la admisibilidad y, en la hipótesis de su introducción en el proceso, a la utilización de la prueba ilícita.

#### **f. La inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos.**

La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que admitía la prueba relevante y pertinente, preconizando apenas la sanción del responsable por el acto ilícito (penal, civil o administrativo) practicado en la recolección ilegal de la prueba, llegóse a la convicción de que la prueba obtenida por medios ilícitos debe ser borrada del proceso, por más relevantes que sean los hechos por ella aportados, una vez subsumida en el concepto de inconstitucionalidad, por vulnerar normas o principios constitucionales -como por ejemplo la intimidad, o el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la propia integridad y dignidad de la persona.

La teoría, hoy dominante, de la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas, aprehendidas en infracción a principios o normas constitucionales, viene, no obstante, atenuada por otra tendencia, que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional. Tratase del denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, o sea, de un criterio de proporcionalidad, en cuyo caso los tribunales de Alemania Federal, siempre con carácter excepcional y en casos extremadamente graves, admiten la prueba ilícita, buscándose un principio de equilibrio entre valores fundamentales enfrentados o contrapuestos.



Es importante observar que el principio alemán de proporcionalidad recuerda la construcción jurisprudencial de razonabilidad, tan importante y significativa en los pronunciamientos de la Suprema Corte Americana.

Excusado es decir que, reconociendo en buena hora que el subjetivismo insito en el principio de la proporcionalidad puede acarrear serios riesgos, algunos autores tienen admitido que su utilización podría transformarse en un instrumento necesario para la salvaguarda y mantenimiento de valores conflictivos, desde que aplicado única y exclusivamente en situaciones tan extraordinarias llevaría a resultados desproporcionados, inusitados y repugnantes si no se admitiera la prueba ilícitamente obtenida

## **2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA ILÍCITA<sup>4</sup>**

Ya lo hemos adelantado en la primera sección, la prueba ilícita forma parte de los Medios de Prueba.

Medio de prueba es "el modo o forma que se exterioriza su práctica y que se utiliza para llegar al conocimiento de la verdad del proceso".

También se puede entender el medio de prueba como lo que sirve de instrumento para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento sobre la verdad o certeza de un hecho.

Otras acepciones de este término jurídico lo catalogan como el modo o acto mediante el cual se suministra o adquiere en el proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

Los medios de prueba posibilitan al juez el conocimiento de los hechos, es decir, se presentan como los actos a través de los cuales se suministra en el proceso el conocimiento de un objeto de prueba.

A través de los medios de prueba se conoce el objeto de prueba. Sintetizando "el medio de prueba es un nexo entre el objeto que se trata de conocer con el sujeto que pretende adquirir el conocimiento de la verdad o certeza del hecho que se investiga. A menudo se confunde el objeto de prueba con el medio de prueba, ello debido a que el objeto recae sobre personas o cosas y el medio también es proporcionado por personas o cosas, pero son elementos completamente diferentes. El medio de prueba es la forma en que se llega a probar el hecho, es el camino que permite llegar a descubrir la verdad del hecho que es sometido a investigación. El medio es lo general y la prueba lo específico.



Los medios de prueba son en realidad los vehículos que llevan información al Tribunal, ejemplo de estos son los testigos, perito, una carta, una intervención telefónica, y como en materia penal hay libertad de medios lícitos de prueba podemos hablar de manchas de sangre, sustancias fisiológicas, pelos, pólvora etc.

Los elementos de prueba, son la información útil, o datos que llegan al Tribunal para reconstruir el hecho histórico, que estos medios probatorios puedan llevar al debate. Podríamos tener medios de prueba que son totalmente estériles, que no nos suministran ningún elemento de prueba. Para esto podemos citar el caso del testigo que se sita a un tribunal, y cuando llega al tribunal dice "Yo no se absolutamente nada, yo estuve hablando de este asunto pero me enteré en la prensa, o me lo contó alguien". Aquí tenemos un medio de prueba que es el testigo, que no nos suministra un elemento de prueba. Así un testigo o un perito por ejemplo puede hablarnos de la hora, la identidad de un sospechoso, como iba vestido, el lugar donde fueron los hechos; todos estos son los elementos que podemos eventualmente extraer de un solo medio.

Los hechos históricos se construyen a partir de elementos de prueba, pero para tener elementos de prueba, tenemos que tener medios de prueba lícitos incorporados al proceso. De manera que no es válida aquella expresión que hemos leído en fallos de los tribunales, donde se hacía un allanamiento y la policía decomisaba 2 kilos de cocaína, y entonces la expresión era "si el allanamiento es ilegal pero la cocaína estaba ahí" y no la podemos desaparecer; pero la Sala Constitucional vino a parar todo esto en varias sentencias. Recordemos que ordenar un allanamiento es tan grave, como suspender en forma individualizada un derecho constitucional, los jueces lo que deben de hacer es administrar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Al concepto de medio de prueba lo primero que debe hacerse es establecer ¿cuándo el medio de prueba es lícito, y lo es cuando tiene un origen que no riñe con la constitución y con los derechos humanos y que no cause indefensión, que respeta las garantías y que cumple con las formas procesales?

En esta cadena de medios de prueba que surgen como resultado de otros medios, se da que el medio de prueba originario es ilícito, aunque los otros medios que lo sucedan sean lícitos y se realicen con las formalidades y con el respeto de derechos y garantías esos medios son cobijados también por la ilicitud. Por ejemplo si se llama a declarar a la madre del sospechoso, que constitucionalmente tiene el derecho de abstenerse de declarar, no se le advierte de



ese derecho y ella comunica donde se oculta su hijo y donde se encuentran los bienes provenientes del delito; y después se realiza el allanamiento con la presencia del juez, con las actas y todas las formalidades de ley. A pesar de esta situación, el decomiso y el allanamiento son ilícitos por la ilicitud originaria.

Esto no excluye la posibilidad de tener una fuente independiente, que como ya dijo la Sala Constitucional, esta fuente independiente, tiene que .ser anterior a la violación constitucional, porque sino para la policía sería muy fácil tomar una confesión extrajudicial y después encontrar casualmente algunos testigos que vengan a confirmar datos y hablar de fuente independiente. La policía tendría que tener los testigos antes de la violación constitucional, para que esa fuente independiente de información pueda conducir a la prueba que se quiere recabar

### **3. TEORÍAS ILICITUD DE LA PRUEBA<sup>5</sup>**

#### **a. Validez de la prueba obtenida por efecto reflejo**

Como lo afirma el Doctor Fernando Cruz la postura que aboga por la validez de las pruebas obtenidas por efecto reflejo de las prohibidas, se inspira en una interpretación exclusiva de las normas referentes a la nulidad estrictamente procesal, sin tomar en cuenta la trascendencia de las garantías fundamentales que hayan podido lesionarse. De ninguna forma existirá una extensión de la nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial o una derivación meramente fáctica.

Es decir si la prueba es procesalmente válida, aunque se haya obtenido por medios ilícitos es admisible. Podríamos pensar en este caso, en un allanamiento ilegal por haberse ejecutado sin orden escrita de juez competente, mediante el cual se decomisan cinco kilos de cocaína, los cuales son decomisados mediante acta que reúne los requisitos de los artículos 97 a 100 del Código de Procedimientos Penales. De acuerdo con esta tesitura, el allanamiento de morada sería nulo, mas se mantendría la validez del decomiso de la droga y sus ulteriores exámenes criminalísticos; dado que procesalmente el decomiso de la droga cumplió con los requisitos que exige la ley, no alcanzando la nulidad del allanamiento a la del secuestro de la droga por depender solo cronológicamente del acto viciado.

#### **b. Doctrina de los frutos del árbol envenenado**



En contraposición a la tesis que le otorga validez a las pruebas derivadas por efecto reflejo de las ilícitas, surge la "doctrina de los frutos del árbol envenenado". Esta tesis postula el principio de que toda prueba obtenida mediante el quebramiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la origina. La exclusión de la prueba abarca no solo la prueba en sí sino al fruto de la misma. (7) Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva si se le da validez al fruto de la violación constitucional

Como indica Cafferata Norez lo contrario equivaldría a admitir que el orden jurídico pueda mantenerse, a costa de su propia vulneración, lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva de su esencia.(8) Pensemos entonces en el ejemplo anterior del allanamiento ilegal por realizarse sin orden escrita de juez competente, mediante el cual se decomisa cocaína en la vivienda del afectado. De acuerdo con esta tesitura, no solo sería nulo el allanamiento, sino que dicha nulidad alcanzaría al decomiso de la evidencia con su respectiva acta, y los ulteriores exámenes de laboratorio que sobre la evidencia se realizaran; excluyéndose así la totalidad de la prueba que tenga como origen la ilegítima, por la violación de normas constitucionales

Esta tesis alcanzó su desarrollo en la jurisprudencia estadounidense, donde la Suprema Corte poco a poco ha ido estableciendo excepciones a la aplicación de la regla. Es en el caso *Silverthorne Lumber Co. contra E.U.* de 1920, donde la Suprema Corte reconoce esta regla. En este asunto, la policía allanó ilegalmente las oficinas de la compañía, y secuestró libros y documentos, de los cuales obtuvo fotocopias, devolviendo los originales a la compañía. Con base en esas fotocopias se acusó entonces a esta última, ordenándose posteriormente a la compañía entregar los originales, lo que ésta no hizo; por lo que fue condenada por incumplir la orden de entregar los documentos. La condenatoria fue anulada por la Suprema Corte, por considerar que la esencia de la prohibición de obtener evidencia de cierta manera no es solo que la evidencia no pueda ser utilizada ante la Corte, sino que no pueda ser utilizada del todo. Sostener lo contrario, dijo la Corte, era reducir la Cuarta Enmienda "a puras palabras". No obstante lo anterior, la Corte, agregó que la información obtenida no se convertía en sagrada e inaccesible por las acciones ilegales del Gobierno, si era obtenida a través de una fuente independiente. Este fallo es complementado en el caso de *Nardone vs E.U.*, donde la Corte Suprema vuelve a reconocer una atenuante a la regla de los frutos del árbol envenenado, indicando que si el



conocimiento del hecho se obtiene a través de una fuente independiente, esos hechos siempre serán admisibles como evidencia. Lo anterior, en un caso en que se anuló el fallo condenatorio, por haberse basado en una intervención ilegal de comunicaciones.

### **c. La excepción de la Fuente Independiente**

Dado el costo social que la doctrina de los frutos del árbol envenenado causó en la sociedad estadounidense, se comienzan a introducir por parte de la Suprema Corte, algunas atenuantes a la regla, surgiendo así la excepción de la Fuente Independiente, que consiste en que si la Fiscalía logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada fue producto de una fuente independiente (obtenida por otros medios distintos a los actos ilegales), la evidencia será admisible. Así en el caso E.U. vs Crews, la Suprema Corte, declaró que un reconocimiento judicial de un imputado, no era fruto envenenado de su arresto ilegal, si al momento del arresto, la policía ya tenía suficiente información sobre las identidades tanto del testigo como del imputado y el reconocimiento llenó las formalidades legales. Podríamos pensar también, para entender esta excepción, en un caso en que el imputado mediante una confesión policial efectuada mediante engaño, le indique a la policía donde se encuentra el botín, pero a su vez la policía tenga un testigo que también les indicó donde están los objetos robados por el acusado, de tal manera que aun cuando la evidencia lograda mediante la declaración policial obtenida mediante engaño, es nula, se podría introducir al proceso, por existir una fuente independiente, mediante la cual también se obtuvo la evidencia.

### **d. Excepción de la Atenuación**

Otra excepción a la tesis de los frutos del árbol envenenado, es la llamada excepción de la atenuación. La misma establece que la evidencia fruto de la información ilegal, también puede ser desenvenenada si el Gobierno puede demostrar que la conexión entre la prueba ilícita y la evidencia de la fiscalía, se ha vuelto tan atenuada que se ha disipado la contaminación. En otras palabras, entre más débil sea la relación entre la conducta ilegal inicial y el subsiguiente descubrimiento legal de evidencia como resultado de la conducta inicial, hay menos probabilidades de que la doctrina de los frutos del árbol envenenado sea invocada. Esta excepción ha sido aplicada en algunos casos por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo no tiene en realidad principios generales bien definidos, por lo que ha sido muy casuística su aplicación. Uno de los casos resueltos por la jurisprudencia





Norteamericana mediante esta excepción, es el de *Rawlings vs Kentucky*, en el cual luego del arresto ilegal del acusado, se consideró admisible su confesión, por cuanto se le habían hecho las advertencias *Miranda* justo antes de la confesión, el imputado estaba en una casa, en un ambiente familiar con varios acompañantes presentes cuando hizo la declaración, la declaración fue espontánea, y sin preguntas directas, por lo que la Corte consideró que su declaración no obstante ser producto de un arresto ilegal, era válida, por haberse atenuado la contaminación.

#### **e. La excepción del Descubrimiento Inevitable**

Finalmente se ha reconocido en la jurisprudencia estadounidense, la excepción del descubrimiento inevitable, que consiste en que si se demuestra que la evidencia excluida por derivar de un quebrantamiento constitucional, se habría descubierto en forma casi inevitable de acuerdo a las investigaciones que ya estaba llevando a cabo la policía, la evidencia es válida. La Suprema Corte de los Estados Unidos admitió esta excepción, en el caso *Nix vs. Williams*. En este caso la condena de *Williams* por homicidio, se basó en la evidencia recogida del cadáver de una mujer, localizado luego de que el imputado, aparentemente influenciado por un detective, quien le prometió que no sería interrogado por ningún abogado; le indicó donde estaba el cuerpo. La Corte Suprema anuló el fallo la primera vez, por considerar que se violaba la Cuarta Enmienda, al extraer el detective la información sin contar el acusado con un defensor. La Corte hizo notar que la evidencia sobre el lugar donde estaba el cuerpo y su condición, hubiera sido admisible si el cuerpo se hubiera podido localizar de todos modos, aun cuando no se hubiesen extraído las declaraciones de *Williams*. Posteriormente *Williams* es nuevamente condenado, al demostrarse que al momento en que daba sus declaraciones, ya una cuadrilla de policías buscaba el cuerpo a solo dos millas y media del lugar donde se encontró, y procederían a revisar esa zona en las próximas horas, de tal manera que el cuerpo sería localizado de todas maneras y en las mismas condiciones. Admitió la Corte Suprema por Votación de 7 a 2, que incluso no se requería probar la buena fe de los policías en su actuación, ya que el policía nunca estará en posición de calcular si la evidencia buscada será inevitablemente descubierta. Como lo afirma *Charles Withebread*, esta tesis presenta el problema de que es muy elástica en la determinación de si una evidencia hubiera sido encontrada de todas formas en condiciones idénticas a las que fue hallada; e involucra a la Corte en una deliberación muy especulativa y abstracta

#### **JURISPRUDENCIA**





## **1. El principio de legitimidad de la prueba<sup>6</sup>**

[...]

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 perse, 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-.

## **2. La prueba ilícita y los principios constitucionales<sup>7</sup>**

III. La prueba ilícita y los principios constitucionales: La Sala Constitucional, en su jurisprudencia más reciente, ha venido delineando la forma en que deben ser entendidos los problemas de la prueba ilícita (espuria), diseñando la aceptación jurisprudencial de la llamada tesis relativa sobre el valor de este tipo de prueba, doctrina que es también conocida como de la fuente independiente. El factor desencadenante de esta nueva proposición lo ha sido, precisamente, el problema de las intervenciones telefónicas, el cual generó una serie de cuestionamientos que la Sala Constitucional ha venido resolviendo de manera integral a fin de construir un marco interpretativo coherente, que pueda tener no solo utilidad práctica para los juzgadores sino también el sustento básico de protección a los derechos fundamentales de los acusados. Así, por ejemplo, en cuanto a las intervenciones telefónicas obtenidas antes del pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, en el Voto 320-91 de las catorce horas veintidós minutos del ocho de febrero



de mil novecientos noventa y uno, la Sala Constitucional estableció que el valor de dicha declaratoria se trasladaba al momento de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, beneficiando al acusado o condenado con la anulación de la sentencia en forma retroactiva según lo reza el artículo 92 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Agregó, igualmente, que la labor de adaptación de la inconstitucionalidad en el caso concreto es materia de los jueces comunes, los cuales, por supuesto, pueden definir cuál es la norma aplicable eliminando del Código aquella que haya sido declarada inconstitucional. Indudablemente, la trascendencia del citado fallo no solo implica una aclaración sobre la retroacción de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, en este caso de las intervenciones telefónicas, sino también de la necesidad del examen en cada caso del valor de la mencionada prueba para el mérito de una condenatoria. En este último sentido se pronuncia también el Voto 701-91, de las trece horas y cuarenta minutos del diez de abril de mil novecientos noventa y uno, de la Sala Constitucional, criterio que se reitera en el voto 540-91 de las 15:50 hrs, del 13 de marzo de 1991, y en el voto 1739-92 de las 11:45 hrs. del primero de julio de 1992, donde la Sala Constitucional reconoce el método de supresión hipotética como un instrumento eficaz que pueden utilizar los juzgadores para determinar en cada caso concreto la cadena causal productora de la prueba, lo que permite establecer la relación de la prueba ilícita con la restante y señalar los alcances de esta última. Si suprimiendo la primera subsisten otros elementos probatorios que no se han contaminado, el proceso penal y por ende la sentencia mantiene su validez. Es así como, en el caso en examen, debe hacerse notar que existe prueba testimonial, documental, con independencia del informe policial y de las intervenciones telefónicas, suficiente para legitimar el fallo condenatorio que se dictó. La misma Sala Constitucional, cuando tuvo que conocer del Hábeas Corpus presentado por uno de los implicados en esta causa, emitió el Voto 802-90 de las 9:15 hrs. del 17 de julio de 1990, en donde, utilizando el mecanismo de la supresión hipotética de las intervenciones telefónicas, encontró que toda la otra prueba, incluyendo el comiso de la droga, era suficiente para legitimar la detención de ese acusado al amparo de los artículos 37, 44 de la Constitución Política y 286 y siguientes del Código de Procedimientos Penales. En el otro voto, ya reseñado, precisamente el 1345-90 de las 14:39 hrs. del 24 de octubre de 1990, la Sala Constitucional, en otro hábeas corpus presentado por uno de los acusados en esta causa, vuelve a ratificar el criterio que con la supresión hipotética de las intervenciones telefónicas se mantiene la otra prueba testimonial y documental que permite legitimar la detención del acusado. En otras palabras, y por supuesto refiriendo el contexto de estos fallos de la Sala



Constitucional a las pretensiones de libertad planteadas en los hábeas corpus examinados, la supresión hipotética actuó con efectividad suficiente para eliminar las intervenciones telefónicas y mantener la otra prueba que era esencial para afirmar "la probabilidad" de la participación criminal de los acusados en los hechos que se les imputaban. Igual actividad realizada por el Tribunal de Juicio, al amparo de esta supresión hipotética, permite fundamentar legítimamente el fallo en los indicios y pruebas directas que controvierten la tesis de defensa material de los acusados y justifican el fallo condenatorio emanado del a quo.

### **3. Validez Prueba relacionada con Ilegítima sino proviene de ilegítima<sup>8</sup>**

II.- En forma reiterada esta Sala ha mantenido la tesis, relacionada con las causas que se tramitaban al momento en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales y tenían como prueba una intervención telefónica, que mientras existieran otros elementos de convicción, no relacionados directamente con la intervención, las restricciones a la libertad acordadas no resultaban ilegítimas (ver resoluciones 1345-90, 1417-90 y 1855-90). En el caso presente la detención de la señora Durán Pérez 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. En el caso presente, se reitera, al sustentarse todo el marco probatorio recibido en contra de Jenny Durán Pérez en una inicial intervención telefónica, prueba que fue calificada como Inconstitucional por esta Sala al resolver un recurso contra el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, cualquier restricción a la libertad que en su contra se acuerde teniendo como base esa prueba, resulta ilegítima, por lo que el recurso planteado debe ser declarado con lugar, con las consecuencias correspondientes.



#### **4. Desarrollo de "exclusión e inclusión hipotéticas" para determinar si la prueba es esencial o no.<sup>9</sup>**

Como primer motivo de forma la defensa del imputado Cambronero Fallas denuncia la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 106, 145 inciso 3, 146, 147, 226, 393, 395 y 400 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales. Reclama el impugnante que la sentencia debe anularse. Afirma, que los juzgadores procedieron al análisis, por vía de "inclusión mental hipotética", de prueba testimonial no evacuada en el debate. Acusa que la utilización de este procedimiento le permitió al Tribunal concluir que la declaración del testigo Alejandro Oseas James no era esencial, criterio que no comparte el recurrente. El reclamo debe rechazarse. En efecto, ante la prueba en general, los tribunales de instancia se encuentran frente a diversos niveles que les permiten concluir de una manera motivada y lógica, sobre los alcances del medio de prueba, ya se trate de un testimonio o sobre la percepción que les merezca un determinado peritaje. En estos casos, prima facie, el a quo es quién por medio de los sentidos percibe la prueba que recibe en la audiencia oral (con intermediación). Aspecto que no puede ser suplantado por esta Sala, para llegar a conclusiones diversas a las del Tribunal de instancia. Por el contrario, lo controlable en esta vía es la estructura racional llevada a cabo por el juez que le permite arribar a una determinada convicción (véase por todas Voto 158-F-92 de las 8:50 horas del 20 de mayo de 1994). En este segundo nivel, son utilizados diversos instrumentos que le permiten al juzgador llegar a una conclusión legítima. Entre éstos tenemos las técnicas de la "exclusión hipotética", que en general les dan la facultad de suprimir hipotéticamente un concreto medio de prueba, para luego determinar si es factible arribar a las mismas conclusiones pese a la ausencia de éste. A contrario sensu, es viable llegar a conclusiones diversas al utilizar el procedimiento de la "inclusión hipotética". De ésta manera, es posible valorar a priori, si el medio de prueba es esencial o no para la decisión del asunto. En el presente caso, el a quo utilizando el método de "inclusión hipotética", tiene por acreditada la intrascendencia de la declaración del testigo Alejandro Oseas James (que considera esencial la defensa), con fundamento en la declaración del propio imputado (f. 63 fte.). Para determinar si el procedimiento seguido por el Tribunal de instancia fue correcto, es preciso verificar los supuestos de la acusación. El requerimiento respectivo acusa que al imputado Boris Cambronero Fallas se le decomisó una determinada cantidad de piedras de crack y marihuana mientras se encontraba en



las inmediaciones del parque de la Reforma. En vista de ello, la defensa solicitó que el testigo Oseas James fuera llevado a declarar. Sin embargo, con base en la declaración del imputado Cambronero Fallas, el Tribunal tiene por acreditado que el testigo Oseas James, no estaba presente en el momento de la detención, requisita y decomiso de la droga y siendo este aspecto el medular sobre el que debería declarar el testigo concluye que su declaración no era esencial para la solución de la causa (f. 63). Como se deduce en ninguna irregularidad incurrió el a quo, pues el procedimiento utilizado no sólo es lícito sino que, en este caso, no se desprende que haya sido empleado de manera arbitraria. A lo expuesto, debemos agregar que el recurrente no da argumento alguno que permita desvirtuar fundadamente las conclusiones del Tribunal de mérito, limitándose por el contrario a externar una serie de consideraciones subjetivas que le impiden aceptar el procedimiento utilizado. En consecuencia se impone rechazar el motivo.

#### **5. Legitimidad de la prueba y prueba espuria<sup>10</sup>**

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 [...]” Ferrrajoli, 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. Es dentro de este marco que la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, de la Sala Constitucional y del Tribunal de Casación, tratan el tema de la prueba ilícita o espuria. Si bien es cierto las violaciones a la cadena de custodia afectan a la prueba obtenida en tales condiciones y que el respeto a sus exigencias integra el debido proceso, no se trata en realidad de prueba ilícita en los términos supra expuestos, sino de prueba inidónea cuyo valor está afectado por el defectuoso manejo hecho por los operadores del proceso, que impiden asignarle fidedignidad, fidelidad y pureza a sus resultados, de manera que al igual que la prueba ilícita, no puede ser tenida como sustento de la decisión, porque su aporte carece de idoneidad. Se trata de prueba ilegal por la forma en que se incorpora al proceso, siguiendo a Cafferata Nores y este es el esquema que adoptó nuestro legislador. En efecto, en el numeral 181 del Código Procesal Penal, se establece: “Legalidad de la prueba. 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. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de la persona “. Esta norma es desarrollo del principio de legalidad en materia procesal en lo relativo a la prueba. La Sala Constitucional ha dicho respecto de la cadena de custodia: “[...] El primero de los temas discutidos se refiere a una violación a la cadena de custodia de las evidencias, que según la recurrente, pudo originar un mal manejo de ella para perjudicarla. Es claro que la llamada cadena de custodia de la evidencia constituye, junto con otros elementos, una formalidad instituida para garantizar una válida producción de elementos probatorios del proceso penal. Desde esa perspectiva resulta incuestionable que si un determinado elemento probatorio padece irregularidades en la cadena de custodia de la evidencia que lo conforma, su validez resultará afectada y no será entonces apto para el fin que persigue, cual es la demostración de un determinado hecho o acontecimiento [...] “. Entonces, por “cadena de custodia” entendemos una serie de procedimientos, de índole técnico y





científico, relacionados con la recolección, levantamiento, aseguramiento, de los indicios o la evidencia material de un hecho delictivo para su introducción al proceso, bien como prueba material, bien como elemento para ser analizado científicamente y obtener de ellos datos científicos -elementos de prueba- que permitan descubrir la forma en que el hecho se cometió o sus autores. Se entiende por cadena de custodia "el conjunto de una serie de etapas que deben garantizar, con plena certeza, que las muestras y objetos por analizar y que posteriormente serán expuestos como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos" Departamento de Ciencias Forenses. Manual de recolección de indicios, San José, Poder Judicial, Departamento de Publicaciones e Impresos, 2004. 124 p. p.9. Desde el precedente #368-92, de las 8:55 horas, del 14 de agosto de 1992, esta Sala sentó las bases para el desarrollo jurisprudencial del tema y señaló: " [...] Debemos reconocer que en nuestro sistema nos hemos preocupado muy poco por garantizar lo que algunos denominan la "cadena de custodia", y tienen toda la razón los señores Jueces Superiores al afirmar en este caso concreto en la sentencia que "...el Tribunal no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía y tenerlas como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas, como sería haber realizado la cadena de custodia hasta hacer llegar los objetos del ilícito hasta el juez, como hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso, indicar con una marca o cualquier otro símbolo que correspondía al caso en estudio, llevarlo de esa forma hasta el Organismo de Investigación Judicial e indicarse cuál investigador lo pasaba a la sección correspondiente para su respectivo análisis, y así en una secuencia lógica y de custodia llegara hasta el Juez...". Pero debemos agregar que ese deber va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y Secretarios de los Despachos Judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros. Hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase del transporte o traslado; y, finalmente, la entrega apropiada de la misma. De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del





análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba. Es indispensable, para averiguar la verdad real como la finalidad esencial del proceso, que se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos (cadena de custodia), máxime si observamos la cantidad de personas que por diferentes razones deben manipular dichos elementos. Este aseguramiento constituye una de las recomendaciones básicas y elementales que se hacen en diferentes manuales de investigación policial (Véanse, por ejemplo, BRENES ACUÑA, Rafael Guido, CHAVARRIA GUZMÁN, Jorge Alberto, y RESCIA CHINCHILLA, Juan Antonio. Una marca en el hombre. Sistema de clasificación dactilar Henry. Organismo de Investigación Judicial, Archivo Criminal, San José, 1978, en especial pp. 163 ss. y 216 s.; VANDERBOSCH, Charles G. Investigación de Delitos. Editorial Limusa, México, quinta reimpresión 1988, pp. 79 ss.; FOX, Richard y CUNNINGHAM, Carl. Manual para la investigación de la evidencia física y requisita en la escena del crimen, edit. Miranda Associates Inc., 1989, sobre todo pp. 14 ss., 35 ss., y 64 ss.; ICITAP. Impresiones digitales. Descripción general de las técnicas de investigación. Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. VIII-3 ss.; ICITAP. Estudios básicos de técnicas investigativas. Edit. Miranda Associates Inc., 1988; e ICITAP. Requisita en la escena del crimen. Curso General de Investigación Criminal. Edit. Miranda Associates Inc., 1988, pp. 5 ss.) [...] ". En aquella oportunidad se razonó además que ese deber de asegurar, custodiar y garantizar la pureza de la prueba, que le asiste a los operadores del proceso -y no a terceros que entran en contacto con la evidencia de manera causal y fortuita- se respalda en normas procesales que así lo exigen y aún cuando se hacía referencia a normas del Código de Procedimientos Penales de 1973, esas exigencias se mantienen y acentúan en la actual regulación -numerales 67, 69, 180, 183, 186, 283, 285 que reza: " La policía judicial, por iniciativa propia, por denuncia o por orden de autoridad competente, procederá a investigar los delitos de acción pública, a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; identificar y aprehender preventivamente a los presuntos culpables y reunir , asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para basar la acusación o determinar el sobreseimiento ", 286 inciso c), 287, 289 párrafo tercero, todos del Código Procesal Penal-. Por su parte, también el Tribunal de Casación conceptualiza la cadena de custodia como la serie de procedimientos con los que se recopila e incorpora la evidencia del hecho al proceso, garantizando la identidad del objeto recopilado y aquél que ingresa al juicio. Así,



en la resolución 161-01, del 16 de febrero de 2001, señaló: " [...] El error de la juzgadora recae en conceptualizar la cadena de custodia como una medida protectora de la cantidad y de la calidad de la evidencia, lo cual no es cierto. Cantidad y calidad de cosa genérica implica la posibilidad de modificar aumentando o disminuyendo la cuantía o las cualidades de la cosa, o sustituyendo la cosa misma. La cadena de custodia no protege, se subraya, la cantidad y la calidad de la evidencia sino la identidad de ella, pues la decomisada debe ser la misma que llega al perito y al debate. En el caso de autos, la juzgadora pretende superar el hecho del cierre hermético incompleto del embalaje de la evidencia, en razón de haberse decomisado catorce puchos de aparente marihuana y haber llegado en ese número la supuesta evidencia al laboratorio; sin embargo, no se trata de decomisar catorce y entregar catorce al perito, sino que lo decomisado tenga identidad con lo entregado al laboratorio, lo que no se garantiza por la imperfección en los sellos del embalaje. La ruptura de la cadena de custodia se da por la pérdida de garantía de identidad entre lo decomisado y lo entregado al perito [...]". Ciertamente una defectuosa cadena de custodia puede encubrir supuestos de prueba espuria, por ejemplo, por tratarse de prueba suplantada o fraudulenta, en cuyo caso habría una actuación ilícita de parte de las autoridades de policía dirigida a atribuir falsa evidencia al acusado. Sin embargo, como se indicó, la cadena de custodia sirve para garantizar la identidad de la evidencia física -como prueba material- y a su vez, de los resultados de las pericias científicas que pudieran haberse practicado a la misma, de modo tal que si ésta se irrespeta, los deberes de aseguramiento y custodia que se asignan a la policía y al Ministerio Público habrían fallado y la prueba obtenida en tales condiciones ingresa " defectuosa " al proceso por ser inidónea y por ello, no podría ser base de un fallo. Si en una sentencia no se aprecia correctamente la cadena de custodia siendo en consecuencia, un problema de idoneidad de la prueba y de aplicación de la sana crítica en la consideración de su peso probatorio, por tratarse de evidencia que ha sido mal manejada o de resultados periciales que se originan en prueba con un defectuoso manejo. El defecto es en realidad en la ponderación, en el razonamiento de los Juzgadores al apoyarse en prueba de esa naturaleza y no la ilegalidad de la prueba en sí misma. Se trataría de darle mérito a prueba no fiable y no de la incorporación de prueba ilegal.

#### **6. Exclusión hipotética de prueba ilegítima que no afecta la resolución<sup>11</sup>**

El artículo 355 ídem, faculta en forma excepcional al



Tribunal, ordenar de oficio, o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas que requieran su establecimiento, dentro de la obligación legal para el Juzgador de averiguar la verdad real de los hechos acusados, sin desdeñar ningún medio de prueba legítimo y que no resulte impertinente -(artículo 180 de la ordenanza procesal penal)-. Si bien es cierto esta Sala ha manifestado que el artículo 355 ibidem no debe tener una lectura restringida, "... desde que el sistema se rige por el principio de libre apreciación de la prueba y de libertad probatoria - numeral 182 -, de modo tal que siempre se trate de prueba útil a la causa, legalmente obtenida que sea puesta en conocimiento de todas las partes, para que puedan objetarla o bien que sea producida con la participación de todos, la objeción para su recibo aparece como desproporcionada y sin justificación, especialmente si la fuente de la prueba ya consta desde la investigación preparatoria, lo que además resta cualquier "factor sorpresa" que pueda favorecer la arbitrariedad y la indefensión, elementos que el sistema por el contrario, pretende eliminar..." - (ver voto número 572-00 de las 9:35 horas del 2 de junio de 2000, Sala Tercera)-, en la especie, tal y como lo reclama el recurrente, tales presupuestos y circunstancias no se derivan del caso en cuestión. Según se advierte dentro del proceso, durante la investigación de los hechos en su etapa preparatoria, con sustento en los informes rendidos por el Organismo de Investigación Judicial, ante la autoridad jurisdiccional y el Ministerio Público -(ver folios 1 a 7, 21 a 32 y 36 a 39)-, se puso en su conocimiento sobre la fijación en video de las dos compras controladas que llevaron a cabo los oficiales de la policía durante los días 4 y 9 de junio de 2004, las que quedaron en posesión del órgano policial para su posterior edición. Al presentar la pieza acusatoria y solicitud de apertura a juicio, la representación del Ministerio Público, en el ofrecimiento de pruebas correspondiente, omitió la referencia a los vídeos de filmación mencionados, ni solicitó al Juzgado Penal del procedimiento intermedio que fueran recabados con posterioridad -(ver folios 74 a 79)-, situación que se repite en la audiencia preliminar donde se mantuvo el mismo ofrecimiento probatorio inicial, de modo que en el auto de apertura a juicio, por las razones señaladas, no se hizo mención alguna a tales vídeos como prueba legalmente incorporada. Fue hasta la etapa de debate, luego de recibida la prueba testimonial, que la representación del Ministerio Público aportó para mejor resolver, el vídeo de la investigación policial, aceptándola los Juzgadores pese a la oposición de la defensa técnica del encausado, quien deja planteada su reserva de casación ante lo resuelto -(ver acta debate de folio 202)-. El artículo 127 del Código Procesal Penal señala el deber de lealtad que le asiste a las partes, a quienes se les compele a litigar lealmente, evitando los planteamientos dilatorios,



meramente formales y cualquier abuso de las facultades que la ley procesal les concede. En el caso en cuestión, si bien es cierto el Organismo de Investigación Judicial informó sobre la fijación en vídeo de algunas de las diligencias realizadas en la etapa de la investigación preparatoria, el Ministerio Público nunca gestionó su recepción ofreciéndola como prueba, omitiendo ponerla en conocimiento de la otra parte para que pudiera, debidamente enterada de tal elemento probatorio, planificar su estrategia defensiva incorporando dicha prueba. Por el contrario, el órgano fiscal, de manera sorpresiva, y faltando a su deber de lealtad, ocultó la prueba que tenía en su poder desde el 17 de agosto de 2004, cuando la Oficina Regional del Organismo de Investigación Judicial en Grecia le remitió el cassette de vídeo - (ver folio 212) - y la aportó cuando ya había avanzado el debate que se inició el 6 de diciembre siguiente, a pesar de que en autos se advierte una constancia de recibido por parte del Tribunal de juicio, de la misma fecha que permite concluir también que los Jueces la tuvieron en su poder desde el 3 de diciembre anterior, sin que tampoco se le notificara a la defensa del enjuiciado, antes ni durante el debate, hasta que el Ministerio Público la ofreció para mejor resolver, admitiéndola el Tribunal sentenciador -(ver folio 213)-, sin que pueda estimarse que se trataba del surgimiento, en el curso de la audiencia, de un hecho o circunstancia nueva que requería su demostración con sustento en el elemento probatorio aportado, aun cuando fuera ofrecido en forma irregular o extemporáneo, previa demostración por el órgano acusador sobre la esencialidad de dicha prueba, en aras de la verdad real de lo acontecido, lesionando con su proceder los principios básicos que rigen el proceso atinentes a la igualdad y lealtad, y que lamentablemente el Tribunal de juicio permitió, aceptando la prueba propuesta, lo que no puede ser tolerado en esta sede, pues ello equivaldría cohonestar y avalar los excesos de una de las partes en perjuicio de otra, en detrimento de sus derechos fundamentales relativos al debido proceso y el derecho a un eficiente ejercicio de la defensa material y técnica. Pese a lo anterior, el vicio que se reclama no deviene esencial a efecto de provocar la nulidad del fallo dictado, en el tanto aún cuando se anulara la prueba cuestionada que se refirió fundamentalmente a las dos compras controladas por el ente policial, o bien se suprimiera hipotéticamente, tales acontecimientos se vieron sustentados fehacientemente en otros elementos de juicio legítimamente incorporados: las declaraciones de los oficiales de policía Manfred Quesada Sánchez y Esteban Obando Ramos, quienes presenciaron y controlaron las dos compras de droga que el colaborador confidencial le efectuó al imputado, debidamente circunstanciadas en modo, tiempo y espacio -(ver folios 216 a 220)-; los informes policiales de folios 1 a 7 y 24 a 32; las actas de secuestro de la



droga adquirida por el colaborador policial de folios 33 y 34; los informes sobre las compras controladas de folios 36 a 40; los dictámenes de análisis criminalísticos números 2004-3409-QDR y 2004-3408-QDR, de folios 150 a 153, determinando que la droga adquirida por el colaborador confidencial, por venta que le hiciera el justiciable, resultó ser cocaína base "crack". En consecuencia, la prueba cuestionada, pese al reprochable proceder del ente acusador avalado por el Tribunal, no deviene trascendente a los fines del proceso, de allí que aun prescindiendo de ella, el resultado de la causa se mantiene, al encontrarse demostrados, mediante otros medios probatorios legítimos, los mismos aspectos sobre los que versaba la prueba rebatida. Por ello, se declara sin lugar el reclamo formulado.



**FUENTES UTILIZADAS**

- 
- <sup>1</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. 7 de noviembre de 1949
- <sup>2</sup> LEY N° 7594 del 10 de abril de 1996. Código Procesal Penal
- <sup>3</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Pruebas Ilícitas. Revista de ciencias penales N° 10 de setiembre de 1995.[en línea] Consultado el 1 de febrero del 2007 en:  
<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2010/ada10.htm>
- <sup>4</sup> AMORES VARGAS, Hugo Luis. La prueba ilícita en el Proceso Penal. Tesis para optar por el título de Licenciado en derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 1999. pp. 18-21
- <sup>5</sup> CORTES COTO, Ronald. La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la sala de casación penal. Poder judicial, Escuela judicial. 1 ED. San José, Costa Rica, 1996. pp.6-9.
- <sup>6</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 1739 de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.
- <sup>7</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 035-F de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de enero de mil novecientos noventa y tres.
- <sup>8</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución N° 91 de las trece horas y cuarenta minutos del diez de abril de mil novecientos noventa y uno.
- <sup>9</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 580-F de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.
- <sup>10</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 412 de las quince horas diez minutos del diez de mayo de dos mil seis.
- <sup>11</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 00548 de las ocho horas cincuenta minutos del tres de junio de dos mil cinco.