



Doctrina Publicada en las Revistas  
elaboradas por el Centro de Documentación Judicial

**Autor**

Martínez Ventura, Jaime

**Título**

PRUEBAS ILICITAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

**Categoría**

**Constitucional**

**Contenido**

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN; II.NOCIONES GENERALES:

- 1)Ubicación y definición del concepto de prueba ilícita;
- 2)Inadmisibilidad de la prueba ilícita: regla de exclusión;
- 3)La doctrina de los frutos del árbol venenoso;

III. LAS PRUEBAS ILICITAS EN NUESTRA LEGISLACION Y EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL:

- 1)Prohibición de declaraciones involuntarias del imputado;
- 2)Prohibición de violación de morada;
- 3)Prohibición contra injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, las comunicaciones y la correspondencia;

IV. PRINCIPALES INNOVACIONES DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL;

V. CONCLUSION

I. INTRODUCCION

La averiguación de la verdad material o verdad objetiva es uno de los principales fines del proceso penal<sup>2</sup>, aunque su realización resulte en realidad imposible<sup>3</sup>. Es por ello que se dice que la prueba en materia penal es una reconstrucción histórica, para la cual no tiene relevancia la falta de controversia y aun frente a la conformidad de las partes el juez penal debe investigar siempre con la finalidad de llegar a conocer los hechos reales y verdaderos: en el proceso penal no rige la verdad formal - aquella construida conforme a la voluntad de las partes - sino la verdad material.<sup>4</sup>

Esa búsqueda de la verdad histórica, tiene su asidero en el principio de instrucción, o sea "(...) el

principio con arreglo al cual el tribunal debe investigar la verdad material y no conformarse con lo que el ministerio público y el imputado someten a su consideración, le exponen y solicitan. Por consiguiente, el juez penal no se conforma con la llamada verdad formal y la ley no confía, respecto de una consecuencia jurídica tan importante y terminante como la pena, en el criterio de quienes participan en el proceso y en lo que tienen a bien exponer al tribunal. Los principios de instrucción y el inquisitivo significan, de por sí, lo mismo: el tribunal debe investigar y no solamente decidir acerca de lo que le ha sido expuesto”<sup>5</sup>

Pero, de todos es sabido que esto no siempre ha sido así. Durante el sistema acusatorio que tuvo vigencia en la antigua sociedad griega, en tiempos de la república romana y durante el antiguo derecho germánico, la obtención de la verdad real no fue el fin primordial del enjuiciamiento, sino más bien la búsqueda de una verdad formal, es decir, aquella impuesta por un arreglo entre las partes en conflicto o por el resultado de un enfrentamiento corporal de ellos.

Es durante el dominio del sistema inquisitivo que esta finalidad se vuelve predominante. La búsqueda de la verdad se convirtió en una obsesión, casi sin límites, que autorizaba el uso de cualquier medio para su cumplimiento. Esta finalidad, unida al sistema de valoración legal de las pruebas, que otorgaba a la confesión un valor probatorio absoluto, hizo que la tortura del imputado se convirtiera en la regla general del enjuiciamiento.

La pervivencia de esta finalidad del proceso penal hasta nuestros días, se explica por la solución negociada ocurrida hace ya casi dos siglos, entre el choque del sistema inquisitivo y el renacimiento de los principios acusatorios enarbolados por el iluminismo, que dio origen a la reforma del proceso penal en Europa continental. De esta negociación surge lo que actualmente se conoce como sistema mixto o sistema inquisitivo reformado, cuyo rasgo esencial es que, sin renunciar a la búsqueda de la verdad histórica y a la persecución penal estatal, propias del sistema inquisitivo, introduce características y principios del sistema acusatorio. Uno de estos principios es el reconocimiento de límites a la búsqueda de la verdad, impuestos por el respeto de la dignidad humana.<sup>6</sup> Estos límites son absolutos; no se trata de simples restricciones, sino de barreras insuperables frente a las cuales debe ceder cualquier otro interés, aunque este tenga una innegable importancia para la justicia como es la búsqueda de la verdad material que, en consecuencia, deja de ser un valor absoluto para convertirse en uno relativo.<sup>7</sup> En consecuencia frente a la supuesta encrucijada o dilema que se entabla entre la búsqueda de la verdad para defender a la sociedad y el resguardo de los derechos fundamentales que se ven limitados o afectados durante la investigación de una acción delictiva, el desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación misma, se han ido inclinando por imponer límites infranqueables a la averiguación de la verdad. <sup>8</sup>

Desde entonces el ordenamiento jurídico derivado de la concepción del Estado Democrático de Derecho, establece una serie de hechos o circunstancias que no pueden ser objeto de averiguación de los órganos de investigación estatal y que, si aún contra dicha prohibición son incorporados en un proceso judicial, no pueden ser valorados por los jueces. Son estos los que se conocen como pruebas prohibidas o prohibiciones probatorias, dentro de las cuales, como adelante veremos, se enmarcan las pruebas ilícitas o ilícitamente obtenidas.

Se sostiene que estas prohibiciones pueden ser absolutas o relativas. Las primeras se refieren al objeto de prueba, es decir hechos que no se pueden probar porque la ley les ha privado de cualquier valor probatorio; el ejemplo que se cita es el de la imposibilidad de probar en juicio la filiación adulterina. En nuestro país, esta imposibilidad deriva directamente de la Constitución que en su artículo 36, inciso 2º., prohíbe que en las actas del registro civil se consigne alguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, y en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Las segundas, se refieren no al objeto de prueba, sino al medio de prueba que la ley considera intolerable para

constatar un determinado hecho que, en sí mismo, sí es admisible como elemento probatorio. Como ejemplo de estos se citan las prohibiciones de valoración del testimonio del cónyuge o de algunos parientes del imputado en contra de este, y las prohibiciones de pruebas producidas mediante la violación de derechos constitucionales. 9

La cultura inquisitiva imperante en la mayoría de los países de América Latina, ha permitido que durante algún tiempo se mantuviera una discusión acerca del valor probatorio que debería serles negado o reconocido a este segundo grupo de prohibiciones probatorias. Por supuesto que no en todas las situaciones de prueba ilícita ha existido esta polémica o, por lo menos, no con la misma intensidad. En los casos de una confesión obtenida por medio de coacción, ha sido indiscutible que ella no merece valor alguno. Pero, en cuanto a otros medios de prueba, por ejemplo, las conversaciones telefónicas grabadas ilícitamente, hay quienes han sostenido que a pesar de su origen ilícito, si los hechos llegan a ser conocidos por el juez, deben ser valorados como cualquier otro medio de prueba. Esto, según dicen, es porque el juzgador no es el responsable de la ilegalidad cometida. Su tarea es sólo la de juzgar los hechos que llegan a su conocimiento. A lo sumo, el juez debe ordenar el procesamiento de los que actuaron ilegalmente para obtener la prueba, pero esta debe ser valorada.10

Sin embargo, la proclamación constitucional de derechos invulnerables de las personas, su reconocimiento y amplitud en los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia y la legislación comparadas, así como el desarrollo actual de la doctrina constitucional y procesal penal, no dejan lugar a dudas en cuanto a negarles valor a las pruebas directamente obtenidas por un medio ilícito. Esto ya no se discute; ahora la discusión se centra en las pruebas que en sí mismas no han sido obtenidas ilícitamente, pero que se derivan de un medio, procedimiento o acción ilícitos. Incluso esta discusión tiende a ser superada por la vía legislativa, tal como ha ocurrido en nuestro país, con la aprobación del nuevo Código Procesal Penal, que ha dado un paso al frente en la solución normativa de estas polémicas, a pesar de ciertas incongruencias que le fueron incorporadas mediante una contrarreforma de último momento. En lo que sigue, trataremos de analizar lo que en esta introducción apuntamos brevemente.

## II. NOCIONES GENERALES

### 1.- Ubicación y definición del concepto de prueba ilícita

Por prueba ilícita entenderemos “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”<sup>11</sup>

Como antes dijimos, la prueba ilícita se enmarca en la categoría de prueba prohibida o ilegal, es decir, prueba ilícita es una especie de prueba prohibida. Sin embargo hay quienes sostienen que la definición más precisa es el de Prueba Obtenida por Medios Ilícitos<sup>12</sup>, en tanto que otros, por el contrario, afirman que es preferible la expresión general de “prueba ilícita” a las de “prueba prohibida” o prueba “ilegítimamente admitida”<sup>13</sup>.

En adelante, para los efectos de este trabajo, los conceptos de prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba ilícita, prueba ilegítimamente obtenida o adquirida serán empleados como sinónimos.

La prueba prohibida ha sido reconocida como una institución propia del derecho procesal alemán. Su descubrimiento se atribuye a Ernst Beling, quien la caracterizó como “los límites de la averiguación de

la verdad en el proceso penal” y configuró las reglas que se refieren a ellas en forma negativa, limitando la obtención de prueba por razones diferentes al aseguramiento de la verdad. Sin embargo, se dice que todavía continúa la discusión acerca de si forma un ámbito autónomo de las regulaciones procesales o sólo un sub-caso de normas procedimentales cuya lesión puede ser impugnada a través de la casación. En este último caso la teoría de la prueba prohibida sería sólo una parte del derecho de casación.<sup>14</sup> Pero su desarrollo legislativo y jurisprudencial, a través del tiempo, ha superado esta visión.

La prohibición probatoria puede ser de naturaleza procesal o substancial, dependiendo del tipo de interés que se pretende proteger con ella: “(...) ésta tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso; tiene, por el contrario, naturaleza substancial, cuando, aún sirviendo inmediatamente 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 (...) 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.”<sup>15</sup>

En este sentido, las pruebas obtenidas en contra de las normas que limitan el testimonio del cónyuge o determinados parientes del imputado en contra de este (art. 186 NCPP), así como las referidas al deber de no declarar por razón de ciertas profesiones u oficios (art. 187 NCPP), son pruebas ilegítimas: prohibidas, pero no ilícitas, porque solamente contrarían disposiciones eminentemente procesales.

En cambio, son pruebas ilícitas, todas aquellas obtenidas con infracción a normas o principios establecidos por la Constitución y por las leyes (entiéndase pactos y convenios internacionales de derechos humanos y leyes secundarias), generalmente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación, como son la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad de la morada, la inviolabilidad de la correspondencia o comunicaciones privadas, etc.<sup>16</sup>

En otro tipo de clasificación doctrinaria - y derivada de la jurisprudencia alemana -, Struensee, siguiendo a otros autores, clasifica las prohibiciones probatorias en prohibiciones de adquisición (recepción y obtención de pruebas) y prohibiciones de valoración. Estas a su vez las subdivide en dos grupos: las prohibiciones de valoración dependientes que son las que se vinculan a la lesión de una prohibición de obtención de prueba y prohibiciones de valoración independiente que son las “que no presuponen una lesión a la prohibición de adquisición de pruebas” y que, incluso, “prohiben también la valoración de pruebas obtenidas conforme a Derecho”<sup>17</sup>

## 2.- Inadmisibilidad de las pruebas ilícitas: regla de exclusión

Los límites impuestos por la Constitución y las leyes para la averiguación de la verdad, no tendrían ningún sentido si la violación de dichos límites no tuviera por consecuencia la inadmisibilidad o expulsión procesal de la prueba ilegalmente obtenida.<sup>18</sup> Es así como surge la llamada “regla de exclusión”, tiene un origen jurisprudencial. En 1914 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un procedimiento penal federal (caso Weeks vs. USA), la formuló por primera vez al prohibir la utilización de prueba obtenida mediante una búsqueda y comisos ilegales, arguyendo que, de ser admitida, se violaría la cuarta enmienda a la Constitución referida a la protección de domicilio, papeles y efectos contra la búsqueda y comisos no autorizados por autoridad competente. Desde entonces inicia un intenso debate jurisprudencial acerca de los límites y alcances de dicha regla, que aún subsiste en el presente<sup>19</sup>.

En los sistemas judiciales de América Latina, durante algún tiempo se permitió la admisibilidad de este tipo de pruebas, arguyéndose su relevancia y pertinencia para el cumplimiento de lo que, hasta ese entonces, se consideraba como un principio absoluto: la averiguación de la verdad material.<sup>20</sup> Esto, como antes apuntamos, se ha debido, principalmente, a la pervivencia de la cultura inquisitiva en nuestros países.

Afortunadamente, en la actualidad, además del desarrollo normativo que la protección de los derechos fundamentales de la persona humana han tenido en las constituciones y en las leyes de los diferentes estados, también se ha ido incorporando gradualmente, en la Constitución o en las leyes, la inadmisibilidad expresa de las pruebas ilícitas.

Así tenemos que la Constitución brasileña de 1988, en su art.5 L.VI, establece: “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”; igualmente, la constitución de Portugal de 1976, en su art. 32, prohibió expresamente todas las pruebas obtenidas mediante tortura, ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones. En Italia, el Código Procesal Penal de 1988, en su art. 191, I, expresa que las pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones legales no pueden ser utilizadas.<sup>21</sup> En la Argentina, el art. 41 de la nueva Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987, prescribe: “Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”; en tanto que el nuevo Código Procesal Penal de dicha provincia, de 1991, en el art. 194 y el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 1986, en su art.148, establecen un principio general que persigue la exclusión de las pruebas obtenidas por medios ilícitos antes del debate.<sup>22</sup> La Constitución de Canadá, en el art. 24.2 expresa: “...cuando...un Tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizados por esta Carta Magna, la prueba quedará excluida, si no se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento repercutiría en el descrédito de la Administración de Justicia”

El nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica, que entrará en vigencia el 1 de enero de 1998, en su artículo 181 dispone: “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” y en el art. 182 ordena: “Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, pro cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley”. En consecuencia “no hay duda que el articulado del nuevo Código Procesal Penal erige el principio según el cual toda prueba obtenida ilícitamente, aunque haya llegado a entrar en los autos, no debe quedar incorporada a ellos, cuanto que no debe, mucho menos, ser adquirida por el proceso. Sin embargo, si ello pasare (...)lo debido procesalmente, al amparo del principio general sobre la actividad procesal defectuosa (art. 75) en relación con el párrafo primero del artículo 181, es la “abstención de valoración de la prueba prohibida (...) por parte del órgano jurisdiccional sentenciador”<sup>23</sup>

Por su parte el Código Procesal Modelo Para Iberoamérica, en su art. 148, Inc.2o., parte final, dice: “Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados”; y a continuación el art. 149, Inc. 1o., establece: Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código”

Siguiendo esta tendencia de regulación expresa de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, nuestro nuevo Código Procesal Penal establece una fórmula similar a las citadas, tal como adelante lo veremos.

### 3. La doctrina de los frutos del árbol venenoso

A pesar de la discusión jurisprudencial estadounidense acerca de la exclusión de las pruebas ilícitas, en otros estados, incluyendo algunos de América Latina, ya no se discute al respecto, sino que gradualmente se ha ido incorporando una norma expresa de inadmisibilidad en la Constitución o en las leyes secundarias.

Pero la polémica se mantiene respecto las llamadas “pruebas ilícitas por derivación”, o sea aquellas pruebas en sí mismas lícitas pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida.<sup>24</sup> El ejemplo clásico es el del imputado que durante la aplicación de tortura menciona el lugar en donde se encuentra el arma que utilizó en la comisión del homicidio del cual es acusado. Es claro que la confesión así obtenida no admite valor alguno; la discusión se centra en si se debe admitir como prueba el arma que fue descubierta e incautada en virtud de la información proporcionada por el imputado.

Ante este problema surge la llamada “doctrina de los frutos del árbol venenoso” que “en una posición más sensible a las garantías personales, y consecuentemente más intransigente con los principios y normas constitucionales”, extiende la ilicitud a las pruebas derivadas, que también son excluidas del proceso.<sup>25</sup>

Esta doctrina también se origina en la jurisprudencia estadounidense en 1920 (caso *Silverthorne Lumber Co. vs. USA*), y en 1939 (caso *Nardone vs. USA*), pero desde su propio origen, es decir en las mismas sentencias, se formula también su correctivo o complemento: la excepción de la fuente independiente, en virtud de la cual la prueba derivada de una información obtenida ilícitamente, puede ser admitida si también es obtenida por una vía legal y totalmente independiente del medio ilícito.<sup>26</sup>

Esta excepción, así formulada, no deja de tener sus problemas de interpretación. Es claro que la obtención de la prueba debe ser “actual”; es decir debe ser cierto que la prueba se obtiene por una vía distinta de la ilegal. Si se obtuvo antes o al mismo tiempo que la obtenida como derivación de la vía ilícita, es obvio que puede ser admitida. Pero, ¿qué pasa si se obtuvo después?; es decir entre el momento en que se aplicó el medio ilícito del cual se derivó la prueba y el momento en que esta fue declarada inadmisibile. A mi criterio no debe ser admitida porque toda prueba obtenida con posterioridad a la que se obtuvo ilícitamente, es dudoso que haya sido guiada por una fuente autónoma. Lo que sí se debe valorar es si la vía independiente ya era real y concreta; es decir si el cauce estaba trazado y sólo faltaba concretar la obtención de la prueba; o mejor dicho, ya existía un inicio de obtención de la prueba, como en el caso hipotético de que cuando un acusado de homicidio fue obligado a declarar mediante tortura, antes o al mismo tiempo de ese ilícito un testigo que, se presentó por su propia voluntad, declaró exactamente lo mismo respecto del lugar en que se encontraba el cadáver y el arma utilizada y su localización ya se había iniciado. En esta situación, casi imposible, creo que sí sería pertinente la admisión de la prueba, aunque no haya sido obtenida antes o al mismo tiempo que la que se obtuvo por una información ilícita.

Diferente a la excepción de la fuente independiente, es la llamada doctrina del “descubrimiento inevitable”, que en 1984 también fue pronunciada por la Corte Suprema de Estados Unidos (caso *Nix vs. Williams*). Según esta doctrina “una prueba obtenida por medios prohibidos puede ser admitida y valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta, en el caso concreto, por medios lícitos; es decir, el hallazgo de la prueba por otra vía, inconexa con la prohibida, ya no debe ser actual, como se

exigía para la excepción de la “fuente independiente”, sino meramente hipotético.”<sup>27</sup> A diferencia de lo que expuse en la última parte del párrafo anterior, respecto de la fuente independiente, en este caso la adquisición de la prueba por vía legal y autónoma de la prueba ilícita, no es actual, ni es actual tampoco el inicio de su hallazgo: se trata sólo de una hipótesis. Siguiendo el mismo ejemplo, resulta que la policía, al momento de torturar al imputado, sólo tenía referencia del testigo que posteriormente es buscado y declara lo mismo que el imputado.

### III. LAS PRUEBAS ILICITAS EN NUESTRA LEGISLACION Y EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

El concepto de pruebas prohibidas o pruebas ilícitas no es de conocimiento generalizado en la cultura y en el lenguaje jurídicos de nuestro país. Sin embargo, su regulación ha estado presente desde nuestro nacimiento como República. Así tenemos que nuestra primera Constitución (1824), en el Capítulo IX Del Crimen, artículo 66, expresa: “La casa de todo ciudadano y sus libros y correspondencia serán un sagrado, y no podrán registrarse sino como ordene la ley”<sup>28</sup>

Uno de los pocos casos - posiblemente el único - de aplicación por nuestros tribunales de la prueba prohibida y de la teoría de los frutos del árbol envenenado, lo constituye la sentencia de Exhibición Personal No. 6-H-95, dictada a las nueve horas del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y cinco<sup>29</sup>. El fallo es realmente paradigmático, en lo que se refiere al papel que corresponde al poder judicial, como garante de los derechos fundamentales de la persona, de la supremacía constitucional y, consecuentemente, del Estado de Derecho, aunque en direcciones opuestas.

La primera, conformada por las decisiones del Juez de Primera Instancia y de la Cámara de Segunda Instancia intervinientes que, lejos de desempeñar ese rol de garante, se convierten en legitimadores de abusos y hechos criminales del poder policial, como es en este caso la aplicación de la tortura o tratos crueles a los ciudadanos, y de violaciones a los derechos de los imputados. La segunda, constituida por la justa decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que ordena la libertad tanto del favorecido con el habeas corpus, como de los otros procesados en la causa penal respectiva, a consecuencia de declarar la ilegalidad no solo de la detención del primero, sino la nulidad de todo el proceso, en virtud de haberse violado los derechos del imputado a abstenerse de declarar, a contar con asistencia de defensor desde el momento de la captura, a que no se empleen contra él medios coactivos, a no ser víctima de abusos policiales como los registros y allanamientos sin orden judicial y, como corolario, a que no se utilicen medios probatorios ilegales o derivados de prueba ilícita.

Actualmente la Constitución de 1983, los pactos y convenios internacionales sobre Derechos Humanos vigentes - que de conformidad al art. 144 constitucional, son leyes de la República con primacía sobre las leyes secundarias -, el Código Procesal Penal de 1974 - todavía vigente - y el Nuevo Código Procesal Penal - aprobado en diciembre de 1996 cuya vigencia ha sido prevista a partir del 20 de enero de 1998), establecen una serie de derechos y garantías del imputado y por ende limitaciones a la averiguación de la verdad en el proceso penal, que se traducen en prohibiciones de adquisición y valoración de pruebas. Así, entre las principales, tenemos:

#### 1.- Prohibición de declaraciones involuntarias del imputado

Se encuentra regulada en los Arts. 12, Incs. 2º y 3º de la Constitución - en adelante Cn.-, 7 No.3, g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo PIDCP), 8 No.2, g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), 46 Nos. 4 y 6 del Código Procesal Penal vigente (en adelante CPP) y 87 Nos. 5, 6, 7 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP)

Esta prohibición se ve reforzada por el derecho del imputado a ser informado de los derechos que le asisten, establecido en los Arts. 12 Inc. 2º. Cn., 46 Inc. 1º. CPP y 87 Inc. final NCPP. Esta garantía del imputado, a su vez está prevista como una obligación de la policía en los arts. 138 No. 7 CPP. Esta última disposición está a punto de desaparecer, pero se ve superada por lo dispuesto en el art. 87 Inc. final del NCPP impone este mismo deber no sólo a la policía, sino también a los jueces y fiscales.

Asimismo, la prohibición de obtener una confesión forzosa del imputado, se ve respaldada por la prohibición expresa de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, prevista en los Arts. 27 Inc. 2º. Cn., 7 No. 10 PIDCP, 5 Nos. 1 y 2 de la CADH, 46 Nos. 5 y 6 CPP, 87 Nos. 6 y 7 NCPP, 25 No. 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil (en adelante LOPNC) y por la Convención Internacional contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, suscrita y ratificada recientemente por nuestro país.

No obstante esta abundante regulación tendiente a prohibir la obtención de declaraciones forzadas del imputado, el nuevo Código Procesal Penal regula algo que a mi criterio se convierte en una amenaza a esta garantía: la posibilidad de otorgar valor probatorio a la confesión extrajudicial.

Originalmente el proyecto de Código Procesal Penal negaba valor probatorio a la confesión extrajudicial y a cualquier prueba derivada de la misma e incluso prohibía expresamente que la policía interrogara al imputado sobre su presunta participación en los hechos investigados.<sup>30</sup> Sin embargo, justo unos cuantos días antes de ser aprobado por la Asamblea Legislativa, fueron introducidas apresuradamente varias modificaciones con el pretexto de darle mayor eficacia al proceso penal, entre ellas la confesión extrajudicial.

En efecto el art. 222 establece que dicha confesión “será apreciada como prueba” si es concordante con otros elementos de juicio existentes en el proceso, si se prueba su contenido por uno o más testigos que merecieran fe al juez y si él o los testigos dieran fe que el imputado no fue coaccionado al rendir o firmar su declaración. En caso de que la confesión haya sido rendida ante autoridad administrativa, se exige además que haya sido rendida - la confesión - con asistencia de defensor.

A mi criterio esa disposición, además de ser incoherente con la letra y espíritu del nuevo código<sup>31</sup>, es inconstitucional, dado que el inc. 1º. del art. 12 de nuestra Carta Magna, al decir “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías necesarias para su defensa”, establece, entre otras, esta condición indispensable del debido proceso legal: las pruebas sobre la culpabilidad de una persona acusada de un delito, sólo se pueden producir en un juicio público, que al mismo tiempo significa garantía de defensa en el sentido de que sólo en un juicio público se puede garantizar la inmediación y contradicción de las pruebas.

Sólo en esa parte central del proceso se pueden producir pruebas: todo lo que se produzca durante la instrucción o en cualquier momento anterior al juicio no constituye prueba; son sólo indicios probatorios - esto es elementos que pueden llegar a convertirse en prueba -, que, adquiridos en forma legal, pueden servir para fundar el inicio de la instrucción formal, presentar la acusación, decretar la imposición de medidas cautelares, llevar la causa a juicio u otra decisión judicial previa a la realización del juicio.

La confesión extrajudicial, como es sabido, suele ser la antesala de abusos e ilegalidades policiales que pueden conducir incluso al uso de la tortura para obtener auto incriminaciones de los acusados. Por más que se establezcan varios requisitos como los que se han previsto, siempre será una provocación para la policía de obtener declaraciones viciadas, dado que constituye una forma rápida y fácil sobre la cual se puede hacer descansar la eficacia de la investigación. La mejor salida, tal como lo



había previsto el proyecto original, era eliminar esta vieja institución procesal inquisitiva.

## 2. Prohibición de violación de morada.

Se encuentra regulada en los Arts. 20 Cn., 17 PIDCP, 11 CADH. Como todos sabemos, esta prohibición no es absoluta y las leyes secundarias establecen las condiciones en que se puede llevar a cabo el registro de un domicilio particular incluso contra la voluntad de sus moradores. Actualmente el registro y allanamiento de morada se encuentran regidos por los Arts. 176 a 181 CPP, 10, letra d y 29 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (en adelante Ley Antidrogas) .

La regulación en la mencionada Ley Antidrogas, se ha prestado para interpretaciones equivocadas. Algunos interpretan que el texto de la letra d, art. 10, autoriza a la División Antinarco tráfico de la PNC, a realizar registros sin orden judicial sin más limitaciones que el respeto de los otros derechos de sus moradores como serían el respeto a su integridad física y moral - no haciendo uso de la fuerza indebida -, a la propiedad - no sustrayendo objetos indecomisables - etc. Para entender mejor transcribamos la norma indicada:

Art.10.- La División Antinarco tráfico será Organo Auxiliar de la Administración de Justicia, colaborará en el ejercicio de las funciones que esta Ley otorga al Consejo y tendrá las obligaciones y facultades siguientes:

(..) d) Practicar registros en los lugares en que se tenga conocimiento que se realizan actividades ilícitas relacionadas con las drogas, respetándose para ello los derechos que garantiza la Constitución y demás leyes; (...)

Si esta norma se examina aisladamente, la equivocada interpretación a la que nos hemos referido, tendría algún asidero; pero si centramos nuestra atención en la expresión resaltada que dice “respetándose para ello los derechos que garantiza la Constitución y demás leyes”, y además relacionamos los Arts. 20 Cn. y 176 a 181 CPP y, en especial el art. 29 de la misma “Ley Antidrogas”, no cabe lugar a dudas de que no existe facultad legal para que la División Antinarco tráfico realice registro de lugares sin previa autorización judicial. Veamos en particular lo que dice el mencionado art. 29:

“Art. 29.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 181 del Código Procesal Penal, cuando hubiere motivos suficientes para presumir que en un local o establecimiento, se violan las prescripciones de esta Ley deberá procederse al allanamiento y registro por la autoridad judicial competente, de oficio o a petición del Consejo o de la División Antinarco tráfico.”

Hasta aquí es obvio que no hay en realidad problema alguno de interpretación. Por más argucias que se busquen, es claro que para proceder al allanamiento y registro, la ley - en respeto de la norma constitucional - exige que estos sean autorizados por la autoridad judicial competente.

Pero sí es problemática la interpretación de quienes afirman que la División Antinarco tráfico (DAN), y en general los agentes de la PNC, necesitan de la autorización judicial previa si los moradores no acceden voluntariamente al registro. Pero si estos permiten el acceso a los agentes policiales, la autorización judicial no es necesaria porque la Constitución en su art. 20 establece que se puede ingresar a una vivienda con el consentimiento de la persona que la habita.

En este último sentido es que se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de Hábeas Corpus (33-M-96 de 16-07-96)<sup>32</sup> en el que se denuncia la ilegalidad de un registro llevado a cabo por agentes de la DAN - en virtud del cual encontraron drogas y

procedieron a su decomiso, captura y procesamiento de los moradores - argumentado que no obstante lo dispuesto en el art. 10 letra d, de la ley señalada, "(...) si los señores agentes tenían conocimiento de que en dicha casa se comerciaba con drogas, lo más correcto era solicitar una orden judicial de allanamiento con presencia de la Fiscalía, en cambio efectuaron el registro sin presencia de la Fiscalía y sin orden judicial, por lo que en el caso que nos ocupa existe una clara infracción constitucional a la restricción de la libertad de mis defendidos".

Este argumento fue rebatido por la Sala unánimemente en los siguientes términos:

"Consta en el proceso que la imputada Julia Melgar accedió voluntariamente a que se le practicara el registro en su casa de habitación, luego no existe violación a precepto constitucional alguno, por cuanto el art. 20 Cn. si bien establece que la morada es inviolable, también establece que puede ingresarse a ella con el consentimiento de la persona que la habita. Practicando el registro, encontrada la droga, no se requería orden judicial para la detención, por cuanto se trataba ya de delincuencia en flagrancia, lo cual lo permite el art. 13 Cn. En lo que respecta a la prueba delincencial, este no es un punto constitucional, y la apreciación de la prueba ya se hizo por el Juez y la Cámara respectiva, correspondiendo a ellos su valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica (...) Por todo lo expuesto esta Sala RESUELVE: Permanezcan en la detención en que se encuentran ANA JULIA MELGAR DE CASTRO Y JULIO CESAR CASTRO MANCIA(...)33

Esta resolución de la Corte Suprema, por cierto muy escueta - la parte transcrita es toda la parte decisiva - y carente de sustentación doctrinaria - a diferencia de otros fallos también recientes, para los que se ha acudido a diversas fuentes doctrinarias -, no puede pasar inadvertida. Está en juego uno de los derechos fundamentales de todos: la inviolabilidad del domicilio.

En mi opinión este fallo adolece de dos errores:

a) Primero, el ingreso de agentes policiales a un local o vivienda particular en el curso de una investigación siempre requiere de autorización judicial previa; el argumento de que no existe violación constitucional por el ingreso de agentes policiales sin orden judicial si el morador "accedió voluntariamente a que se le practicara el registro en su casa de habitación", no toma en cuenta que ante un requerimiento de agentes policiales, el consentimiento del ciudadano requerido está viciado por error o por coacción psicológica que la sola presencia de la policía infunde en la voluntad de la generalidad de los ciudadanos. Es decir, no se puede asegurar que el consentimiento esté exento de vicio, cuando está de por medio una petición expresa de agentes de autoridad pública.

Hay que tener en cuenta también que el supuesto consentimiento puede ser expreso o tácito, pero en el caso que comentamos no se logra distinguir, dado que el fallo sólo dice que consta en autos que la imputada accedió a que se practicara el registro; no dice como consta esto: ¿porque así lo afirmaron los policías o porque lo admitió en su declaración judicial la imputada? En todo caso, aún si se tratara de un expreso consentimiento, el señalamiento anterior sigue siendo válido.

Al respecto, el profesor Julio Maier sostiene: "(...) el consentimiento (expreso) no debe habilitar para prescindir de la orden judicial, salvo los casos de necesidad previstos en la misma ley (pedido de auxilio, en verdad un caso de consentimiento expreso y persecución inminente del prófugo). No se observa la necesidad - si es que no se aspira a convalidar por vía oblicua allanamientos ilegítimos - de prever efectos autorizantes para el consentimiento, pues los casos de urgencia no precisan, según la misma reglamentación, de la orden judicial previa; en los demás casos, molestarse en requerir la orden significa concluir en un mínimo sacrificio, sin consecuencias perniciosas para la persecución penal, en aras de la garantía individual."34

Si bien es cierto que la Constitución permite el ingreso a un domicilio privado por consentimiento de la persona que lo habita - y por ende sin orden judicial -, esta disposición debe ser entendida en el sentido de que se refiere al ingreso de particulares pero no de agentes de policía en busca de elementos probatorios para incriminar al mismo habitante. La garantía de la inviolabilidad de la morada, citando a Maier, "(...)se agotaría, así, propiamente, en un derecho: la facultad de exclusión de las personas que el portador, voluntariamente, indique. Este derecho, que existe (...) y que implica el poder del individuo para establecer el alcance de su ámbito privado (quiénes ingresan a mi casa, escuchan mis conversaciones, leen mis cartas, etc.) tiene sentido, como límite frente a personas que no ejercen el poder estatal, pero parece insuficiente, en la vida práctica frente a órganos dotados de la fuerza que supone el poder estatal. En efecto la sola presencia de la fuerza pública implica, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado, o al menos otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y, por lo demás, a la misma fuerza pública le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción que no se verán reflejados al juzgar el acto, o que serán fáciles de ocultar al documentarlo o para el caso de intentar su reconstrucción judicial"<sup>35</sup>

Es por ello que el permiso que el morador otorgue a la autoridad policial, no exime de la necesidad de presentar la orden judicial de registro. Es decir, para que la policía se presente a la vivienda de un particular solicitando permiso de practicar un registro, debe contar previamente con una autorización judicial. Y es que la protección de la morada debe ser tan estricto que aún en aquellos casos en que la autoridad judicial competente autorice su allanamiento, el uso de la fuerza no es automático; primero se tiene que pedir permiso a sus habitantes y si estos no lo conceden, se les debe advertir de que se hará uso del allanamiento y además se debe esperar un momento después de la advertencia. Pasado ese tiempo se puede ingresar por la fuerza al domicilio y practicar el registro. Esto no es nuevo ni extraño a nuestra legislación. El art. 177 Incs. 1º. y 2º. CPP - vigente desde 1974 - dice textualmente:

“Cuando el registro deba efectuarse en lugar habitado o en sus dependencias cerradas, si se trata de los delitos que no admiten excarcelación, se hará saber la orden de registro al dueño o habitante de la casa para que franquee la entrada al lugar, bajo la prevención de allanamiento si no da el permiso.

Si el dueño o habitante de la casa negare el permiso de entrada o se ocultare para que no se le pida, o encontrándose cerrada la casa no hubiere persona a quien solicitarle la entrada, transcurrido un tiempo prudencial, que no excederá de media hora, se procederá al allanamiento valiéndose de la fuerza pública si fuere necesario”.

El Nuevo Código Procesal Penal, que entre otras cosas establece con mayor claridad los requisitos que debe llenar una orden judicial de registro y allanamiento, también prescribe que aún contando con una orden judicial, se debe solicitar permiso de entrada a los moradores de la vivienda a registrar (art. 174 NCPP)<sup>36</sup>

b) Segundo, es cierto que la valoración de la prueba “no es punto constitucional”, pero sí es materia constitucional el análisis de legalidad de la adquisición y valoración de la prueba, por cuanto se vincula directamente con el resguardo de los derechos constitucionales de las personas. Si bien es cierto que la valoración de la prueba “no es un punto constitucional”, sí es materia constitucional, y con mayor precisión materia de hábeas corpus, el análisis de la legalidad de una privación de la libertad personal. Si esta privación depende directamente del hallazgo y/o valoración de prueba realizada con anterioridad, entonces el tribunal que vela por la constitucionalidad no sólo puede sino que debe necesariamente analizar la admisibilidad de esa obtención y valoración probatoria. Esto es, no es que se deba realizar una nueva valoración de la prueba, sino que debe resolver si esa prueba ha sido obtenida y ponderada en forma lícita. Si esto no es así, entonces, ¿quién hará valer la

constitucionalidad ante una detención preventiva fundada en prueba ilícita?

Es más, esta parte de la resolución es sorprendente y hasta contradictoria, con otro fallo emitido por la misma Sala apenas cuatro días antes (24-G-96 de 12-07-96)<sup>37</sup>, siempre en ocasión de resolver un hábeas corpus - que bien puede servirnos para fundar, en parte, la opinión anterior. En dicho fallo la Sala expresó:

“Advierte esta Sala que si bien no cuenta con facultades de valoración de prueba, si le está permitido realizarlo cuando a consecuencia de ello se deduzca que existe una detención contraria a la ley, y por consiguiente afectar un derecho fundamental”

3.- Prohibición contra injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y familiar, las comunicaciones y la correspondencia.

Se encuentra prevista en los Arts. 24 Cn., 17 PIDCP, 11 CADH, 139 CPP y 25 No. 7 LOPNC (El nuevo Código Procesal Penal, no establece una regulación específica de esta prohibición)

Aunque estas disposiciones expresamente sólo se refieren a la correspondencia y comunicación telefónica, debe ser entendido por extensión, que la garantía también abarca los libros, archivos, diarios y otros papeles privados. Es más, todos estos documentos están claramente abarcados por el concepto de vida privada y familiar, dado que esta garantía se deriva del derecho a la intimidad previsto en los arts. 2 Inc. 2º. Cn., 17 PIDCP y 11 CADH

Por otra parte, las prohibiciones probatorias en razón del parentesco, matrimonio o convivencia con el imputado - cuando se trata de testigos de cargo -, o en razón del oficio o profesión, se encuentran en los Arts. 201, 202 y 203 CPP y 186 y 187 NCPP

#### IV.- PRINCIPALES INNOVACIONES DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Hemos visto que, a pesar de su escaso conocimiento y aplicación práctica, las prohibiciones probatorias no son una novedad en nuestra legislación. Sin embargo, hasta ahora no existía una regla general de exclusión de las pruebas obtenidas y valoradas ilícitamente. Esta es precisamente una de las innovaciones del nuevo código. Veamos:

El art. 15 Inc. 1º. dice textualmente:

“ Art. 15.- 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.”

Cuando se expresa “obtenidos por un medio lícito”, obviamente se refiere a que no se hayan vulnerado las prohibiciones probatorias así como los derechos y garantías establecidas por la Constitución, los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos y el mismo código. En este sentido, podemos decir que esta parte de la disposición constituye una prohibición sustantiva y absoluta: ningún elemento de prueba obtenido ilícitamente puede ser incorporado al proceso.

Al expresar “incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este código”, la disposición establece una prohibición procesal: las pruebas lícitamente obtenidas deben también ser incorporadas respetando los principios, formalidades y procedimientos establecidos para todo tipo de prueba en general, por ejemplo que sean útiles y atinentes (art. 162 Inc. 1º.) y para cada medio de prueba en particular, por ejemplo, las reglas de la inspección (art. 164), la forma de declaración de los testigos (art. 191) etc. Esta prohibición se confirma por lo dispuesto en el art. 162 Inc. 2º, parte 1ª.: “Para que

las pruebas tengan validez debe ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones de este Código (...)"

Si una prueba en particular no tiene una forma de incorporación al proceso, se hará de la manera en que esté prevista la incorporación de pruebas semejantes, conforme lo establece el art. 162 Inc. 2º, parte 2ª.

Asimismo, y esto es una ingente novedad en nuestra legislación<sup>38</sup>, el nuevo código ha incorporado expresamente, como regla general, la exclusión de las pruebas derivadas de un medio o procedimiento ilícito; es decir, hemos adoptado expresamente la doctrina de los frutos del árbol venenoso. Veamos:

El art. 15 Inc. 2º., prescribe:

"No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito".

Ahora la pregunta es: ¿operará la excepción de la fuente independiente?

Se podría responder que no, porque el legislador expresamente se ha pronunciado en favor de la primera doctrina y no ha dejado margen a la distinción. Si el legislador no distinguió, no cabe distinguir al juzgador.

Sin embargo, creo que esa interpretación, aunque se la más favorable para el imputado, no es correcta, porque en la realidad esto podría acarrear graves injusticias en detrimento de la víctima o de los ofendidos, como ocurriría, en un homicidio en el que un testigo indica el lugar donde observó que el autor ocultó el cadáver y el arma, y después el imputado, en una declaración forzada también revela lo mismo, por lo que se pide la exclusión de esos medio probatorios. Además la doctrina de los frutos del árbol venenoso, como regla que es, nació con una excepción: la doctrina de la fuente independiente.

Por último, y aunque esto no es en realidad una innovación, el art. 224 No.6, en relación al inciso final, parte final del mismo, sanciona con nulidad absoluta la obtención de pruebas prohibidas. Esto nos lleva a otra cuestión importante: ¿cómo y en qué momento se debe declarar la exclusión de las pruebas ilícitas ?

Primero, a través de la declaratoria de nulidad. En este caso las partes pueden pedirla o el juez puede hacerlo de oficio en cualquier momento del proceso, conforme a lo dispuesto por el art. 225 inc. 1º. Si el juez declara la nulidad, esta es apelable según lo dispuesto en el inc. 2º. del mismo artículo; pero si no se declara la nulidad solicitada no se puede apelar de dicha decisión, como tampoco se puede pedir la revocatoria del mismo.

Otra vía, en caso de detención del o los imputados, se puede presentar un recurso de exhibición personal si dicha detención ha sido fundada en los elementos de prueba ilícitos. También se puede presentar el hábeas corpus si, como vimos anteriormente, el juez no declara la nulidad solicitada.

Finalmente, ya sea que en el transcurso del proceso se solicitó o no se solicitó la exclusión de las pruebas ilícitas y/o sus derivadas y se dicta sentencia basada en ellas, queda franqueada la interposición del recurso de casación, dado que este procede precisamente "cuando la sentencia se basa en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal", tal como expresa el inc. 1º., del art. 421 NCPP

## V.- CONCLUSION

En palabras de Struensee<sup>39</sup> “Al igual que el derecho procesal penal en su conjunto, las prohibiciones probatorias constituyen un parámetro acerca de en qué medida se realiza el Estado de Derecho y en qué medida subsiste”; no es para menos: lo que se pone en juego son los límites que el poder estatal debe tener frente a los derechos esenciales de los ciudadanos, de ahí la importancia de esta materia.

El nuevo código procesal penal ha dado un paso firme en materia de pruebas ilícitas. Como pocos códigos modernos no sólo ha establecido la regla general de exclusión de las pruebas prohibidas, sino que también ha incorporado otra regla que excluye las pruebas derivadas de procedimientos o actos ilícitos.

A pesar de que nuestros tribunales no desconocen las nociones de la prueba prohibida y, tal como hemos visto en el inicio del apartado III, de este trabajo, han llegado a aplicar incluso la doctrina de los frutos del árbol venenoso, lo cierto es que falta mucho trecho que recorrer para que se hagan valer de modo definitivo las garantías constitucionales que están detrás de estas prohibiciones probatorias. La sentencia 33-M-96, de 16-07-96 dictada por nuestro máximo tribunal constitucional, en materia de hábeas corpus y que hemos comentado arriba, es muestra de ello.

Por otro lado, como siempre ocurre, la realidad supera al derecho. A pesar del desarrollo de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, siempre habrá reductos de autoritarismo no previstos en ninguna de ellas, como un caso recientemente ocurrido en nuestro país.

El 14 de febrero, a las 7.30 de la noche, se produjo un asalto a una agencia bancaria, de la que fueron robados aproximadamente 100.000 colones. La noticia de inmediato fue transmitida por diferentes canales de televisión. Dos horas más tarde el servicio de emergencias de la policía recibió una llamada telefónica denunciando la llegada a uno de los apartamentos de un condominio, de varios sujetos portando un arma larga poco tiempo después del asalto. Inmediatamente la policía se desplazó al sitio y, sin base legal alguna, puso “bajo custodia” a los moradores del apartamento, a quienes impidieron la salida del mismo. Al día siguiente la policía consiguió una orden de allanamiento y registro, se hizo acompañar por un juez, ingresó al apartamento, encontró un arma y prendas de vestir supuestamente robadas, capturó a los dos moradores y se les inició proceso por tenencia ilícita de armas de guerra y receptación.

Hasta la fecha no se han aportado elementos de prueba en el proceso que vinculen a los capturados con el asalto al banco, pero los imputados siguen detenidos. Hasta donde hemos sabido, nadie discute la legalidad de la custodia que aproximadamente por doce horas impuso la policía a los habitantes del apartamento allanado, ni mucho menos la obtención de las pruebas obtenidas al practicar el registro. Pero, ¿que podría discutirse si el registro cumplió los requisitos legales e incluso contó con la presencia de un juez ?

Sin embargo, para que ese registro legal se llevara a cabo, la policía impuso previamente una medida de coerción ilegal. Por lo tanto creo que estamos frente a un caso de adquisición de prueba ilícita por derivación de un acto ilegal, pero no exactamente dentro del modelo planteado por la doctrina de los frutos del árbol venenoso, pues el acto del que inmediatamente depende esa adquisición probatoria, como fue el registro y allanamiento, estaba autorizado legalmente, más no lo estaba la medida de coerción previa. En este hecho no es el árbol el que estaba contaminado, sino el suelo en el que este fue plantado, transmitiendo el veneno al árbol y por lo tanto a sus frutos. ¿Será esta una extensión aceptable de la doctrina? La discusión está abierta. Los derechos fundamentales de todos nosotros esperan.

- 1- Director del Centro de Estudios Penales de El Salvador, CEPES, órgano de la Fundación de Estudios Para la Aplicación del Derecho, FESPAD.
- 2- En el proceso civil, por el contrario, prevalece la búsqueda de la verdad formal; es decir, no la verdad de los hechos realmente acontecidos - verdad histórica -, sino la verdad establecida - negociada - libremente por las partes en litigio - es decir, se impone el principio de autonomía de la voluntad de las partes -
- 3- Acerca de esta imposibilidad, v. Binder, Alberto, El relato del hecho y la regularidad del proceso, en Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, 1993
- 4- Cf. Pellegrini Grinover, Ada, Pruebas Ilícitas, en Revista de Ciencias Penales, año 7, No. 10 , septiembre de 1995, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 22
- 5- Baumann, Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 75 y 76
- 6- En palabras del profesor Maier: “No existe un ejemplo más directo de este compromiso que los límites referidos a la actividad probatoria. Proveniente del régimen inquisitivo, la averiguación de la verdad histórica es una de las metas a las que está destinado el procedimiento penal, incomprensible culturalmente sin referencia a ese sistema; tanto es así que ella fue propuesta como uno de los fines de la actividad judicial del Estado en materia penal, al punto de erigirse - con ciertas limitaciones -, en facultad o deber de los jueces (investigación judicial autónoma)” V. Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal tomo I Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p.663
- 7- Cf. Maier, Julio B.J., op.cit., p.664
- 8- Acerca de este dilema v. Armijo, Gilbert. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1997, p.118
- 9- Cf. Guariglia, F., Las prohibiciones probatorias, en AA.VV. El nuevo Código Procesal Penal de la nación, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 15 y 16
- 10- Los que defienden la admisión y apreciación de los medios de pruebas ilícitos arguyen: En el proceso debe prevalecer el interés en el descubrimiento de la verdad y por tanto el interés de la colectividad en asegurarse contra la obtención legal de pruebas se preserva haciendo permanecer responsable, penal y civilmente al que obró antijurídicamente en dicha obtención. Argumentan igualmente que no hay ningún inconveniente en que el juez aplique una ley que en su fuero interno estima injusta porque al fin y al cabo la ley no es obra suya sino del legislador, pero cuando se trata de buscar la verdad de los hechos (que es trabajo exclusivamente de la sana crítica) pretender que el juzgador automutila su propia convicción, declarando no ser verdad lo que es verdad, resulta algo que rompe con los cánones de toda cordura. Igualmente que si por cualquier causa la prueba ilícita logra burlar las barreras de la admisión y adviene en autos, el juez debe valorarla como otra prueba cualquiera (...) V. Chirinos Molero, E., La Ilícitud de las pruebas, sin editar, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1994, p.32
- 11- Armijo, Gilbert, op. cit., ps. 119 y 120
- 12- Cf. Sáenz Elizondo, María Antonieta. La Prueba Ilícita en el Proceso Penal. En Revista de Ciencias Penales, año 4, No. 6 , 1992, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p.36
- 13- Cf. Armijo, Gilbert, op. cit., p.119
- 14- Cf. Struensee, E., La prueba prohibida, en revista Justicia Penal y Sociedad No. 3-4, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 1993, ps. 106 y 107
- 15- Pellegrini Grinover, Ada, op.cit., p. 23
- 16- Cf. Pellegrini Grinover, Ada, op. cit., p.23
- 17- Cf. Struensee, E., op. cit., p.108
- 18- Cf. Maier, Julio B.J. op. cit. p.695
- 19- Cf. Guariglia, F., op. cit. P. 18

- 20- La doctrina y la jurisprudencia de diversos países oscilaron durante algún tiempo en cuanto a la inadmisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. De la posición inicial, que permitía 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, llegase 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 sub-sumida 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". V. Pellegrini Grinover, Ada, op.cit., p.24
- 21- Cf. Pellegrini Grinover, Ada, op. cit., p.25
- 22- Cf. Guariglia, Fabricio, op. Cit., p.18
- 23 Dobles Ovaes, Víctor A. La regulación de la prueba ilícitamente obtenida en el nuevo Código Procesal Penal. En Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Colegio de Abogados de Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales, San José, segunda edición 1997 p. 916
- 24- Pellegrini, Grinover, Ada, op. cit. P. 25
- 25- Ib., p.26
- 26- Cf. Guariglia, Fabricio, op. cit., p. 20
- 27- Ib. p.21
- 28- V. Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962 - primera parte -, Tomo II A, Unidad Técnica Ejecutora, Proyecto de Reforma Judicial II, 1993, p.14
- 29- Véase el texto integral de esta sentencia en Méndez, José Domingo y Solano Ramírez, Mario Antonio. Justicia para una Sociedad Nueva, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1996, ps.209 a 220
- 30- Cf. art. 238 Proyecto de Código Procesal Penal
- 31- Por ejemplo, el art. 242 NCPP establece la obligación de los miembros de la policía de que antes de hacer cualquier pregunta al imputado, le deberán garantizar la asistencia de Defensor y, además, en el inciso segundo del mismo artículo se prescribe que *"El imputado deberá entrevistarse previamente con su defensor, antes de contestar cualquier interrogatorio"*. Además, conforme lo prescrito en el art. 264, las reglas de la declaración indagatoria - ante autoridad judicial -, regirán también para la declaración indagatoria durante la instrucción y para toda otra declaración del imputado, por lo que deben observarse los Arts. 259 a 264 que entre otras cosas exige que el imputado sea informado detalladamente y de un modo comprensible del hecho que se le atribuye, advirtiéndole del derecho que tiene a abstenerse de declarar y que esa decisión no será utilizada en contra de él, que es obligatoria la presencia de su defensor a quien tiene derecho de consultar antes de rendir cualquier declaración.
- 32- V. Revista de Derecho Constitucional No. 20, Julio-Septiembre/96. Centro de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia. Ps. 152 a 154 Idéntica o similar posición se encuentran en los fallos 28-A-96, de 19-08-96 y 4-N-96, de 21-09-96, ps. 264 a 265 y 393 a 399, respectivamente, de la misma revista.
- 33- El resaltado en negritas es mío
- 34- Maier, J.B.J., op. cit., p.689
- 35- Ib., p.686
- 36- Respecto del proyecto original de Código Procesal Penal, la versión aprobada presenta una menor protección de las garantías constitucionales del procesado. Sin embargo, por ahora, no podemos profundizar en un análisis específico al respecto.
- 37- V. Revista de Derecho Constitucional No. 20, Julio-Septiembre/96. Centro de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia, ps. 141 a 143
- 38- Los únicos precedentes de los que he tenido conocimiento son el del Nuevo Código Procesal Penal de Córdoba, Argentina , sancionado en 1991 y el Nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica, aprobado el 28 de marzo de 1996 y que entrará en vigencia el 1 de enero de 1998.
- 39- Op. cit. P. 118