

a la Administración, así por ejemplo urge la creación de una ley general para el Ministerio Público, autónomo e independiente del Poder Judicial; de igual forma la promulgación de una moderna ley de partidos políticos, toda vez que poseyendo Costa Rica una democracia avanzada, los partidos políticos todavía se rigen mediante normas estatutarias; un nuevo Código Electoral, donde se consideren los cambios tecnológicos que han sucedido en los últimos años y se modernice el sistema electoral; una ley que profesionalice nuestra policía civil; un nuevo Código Tributario, una reforma a la ley que creó la Sala Constitucional, y reformas legales que modernice a las aduanas, los seguros, la banca y el transporte, así como una ley que regule el sector de la inversión y del comercio exterior.

A este punto, es muy importante señalar que un nuevo concepto de justicia alternativa con urgente y bondadosa participación del sector privado en su gestión implica dimensionar en forma correcta el carácter de la cooperación internacional en su nueva implementación, de por sí impostergable. Cooperación que como tal no puede ni debe, por razones elementales de solidaridad, fraternidad y humanismo, ignorar las propias especificidades nacionales como sustrato de obligada referencia para una acertada inserción y regulación de la nueva normativa. Caso contrario, podríamos estar a las puertas de otras formas de dominación so pretexto de modernización, más aún considerando el denodado interés por nuevos institutos jurídicos de aplicación en grandes sectores de la economía (arbitraje financiero, bancario y comercial) visto con especial prioridad, y un demérito de la urgente y masivamente necesaria mediación social.

Recordemos que históricamente, y hasta hace poco, las reformas legales a los procedimientos habían sido dejadas de lado, al punto que se llegaron a reputar casi innecesarias. Sin embargo, hoy en día y de manera sospechosamente precipitada, sucede todo lo contrario, toda vez que el sistema se ha convertido en un obstáculo al desarrollo del nuevo orden económico internacional, en el que lo importante es la liberalización y la globalización de las economías, en demérito de nuevo de la resultante social.

En razón de lo cual es de concluir que la problemática actual de los medios alternativos de administración de justicia, no obstante su reconocida singularidad, no deben verse como una realidad en sí, sino como parte de una urgente reforma que para lograr sus nobles propósitos debe valuarse en el contexto del sector justicia de cada país, y en las reformas necesarias a ese sector para su adecuado funcionamiento. El cual habrá de lograrse siempre y cuando las reformas se orienten en la perspectiva de lo que es necesario a cada país y en el balance de equidad entre intereses singulares y colectivos, como única forma de garantizar que no sólo halla justicia pronta y cumplida, sino también justicia para todos.

CARGAS, FASES Y LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Lic. Alvaro A. Burgos^(*)

Lic. Carlos Gálvez^(**)

Lcda. Rosibel López^(***)

-
- (*) Abogado costarricense, especialista en Ciencias Penales, Máster en Psicología Criminal, Miembro de la Sociedad de Honor en Psicología de los EE.UU., de la Sociedad Americana de Criminología, de la Asociación de Ciencias Penales de C.R. y la Asociación Costarricense de Medicina Forense. Actualmente trabaja como Juez de Instrucción de Turno Extraordinario en San José.
- (**) Abogado litigante, guatemalteco. Especialista en Ciencias Penales.
- (***) Especialista en Ciencias Penales, costarricense, actualmente trabaja como Juez en Puriscal.

SUMARIO:

Introducción

Carga, fases de la actividad probatoria y límites de la actividad probatoria

Nociones generales

Sección I. Carga de la prueba e investigación judicial autónoma

1. ¿Exclusión de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal?
2. ¿Existencia de carga probatoria para el imputado?
 - 2.1. Noción de Carga
 - 2.2. Diferencias entre carga y obligación
 - 2.3. Reserva histórica
 - 2.4. Diversas concepciones en cuanto a la carga de la prueba en el proceso penal
 - 2.5. Carga de la prueba formal y material
 - 2.6. Nuestra posición

Sección II. Las diferentes fases de la actividad probatoria. Generalidades

1. Proposición
 - 1.1. Durante la instrucción
 - 1.2. Durante la etapa de Juicio
2. Recepción
 - 2.1. Durante la instrucción
 - 2.2. Durante la etapa de juicio
3. Hacia una clasificación más técnica

Límites de la actividad probatoria

Sección III. Pertinencia y utilidad de la prueba

Sección IV. Licitud e ilicitud de la prueba

1. Prueba prohibida
 - 1.1. La prueba prohibida a título expreso por las normas procesales, esté contenida o no en el Código Procesal, y esté o no empleado el término prohibida
 - 1.2. La prueba cuya obtención o utilización no es prohibida expresamente, pero que su prohibición se deduce del sistema
 - 1.3. Como tercera especie de prueba prohibida la doctrina señala la "prueba irritual".
 - 1.4. Prueba ilícita
2. Intervenciones telefónicas dentro de la prueba ilícita
 - 2.1. Posición en contra de la licitud
 - 2.2. Posición a favor de la licitud
3. Posiciones doctrinarias en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita
 - 3.1. Teoría de la admisibilidad
 - 3.2. Teoría de la inadmisibilidad
4. Consecuencias de la valoración procesal negativa de la prueba ilícita
5. Problemática de la prueba derivada
6. Violación de garantía constitucional de buena fe o por error

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Uno de los temas que reviste sin duda alguna mayor atractivo e interés, con relación al Proceso, lo constituye el de la Actividad Probatoria.

En el presente trabajo, desarrollaremos nuestra investigación en dos capítulos, en el primero de los cuales, intentaremos desplegar un recorrido tanto en la Sección Primera, con respecto a la Carga de la Prueba, su exclusión, existencia, noción, diferenciación con el concepto de obligación, señalando también algunas de las más representativas concepciones acerca de la misma, y distinguiendo la carga en sentido formal y material, indicando igualmente nuestra posición al respecto; como también posteriormente, en la Sección Segunda, en relación a las diferentes fases de la actividad probatoria; para proseguir en el Capítulo Segundo, dentro de la Sección Primera, con el análisis de la Pertinencia y Utilidad de la Prueba, terminando luego, con una Sección Segunda destinada a la Licitud e Ilícitud de la Prueba, su admisibilidad, las posiciones doctrinarias fundamentales que se enarbolan en razón del tema, sus consecuencias, la problemática de la prueba derivada y la violación de garantías constitucionales de buena fe o por error.

LA CARGA DE LA PRUEBA Y FASES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Nociones Generales

El fin principal perseguido por el proceso penal es el descubrimiento de la verdad real⁽¹⁾ o histórica y la única forma de establecerla es a través de la prueba, de modo que la actividad probatoria cobra capital importancia para la consecución de ese fin.

Cafferata concibe la actividad probatoria como "el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba",⁽²⁾ pues será a base de estos elementos que el juez va a llegar a determinado estado psíquico de certeza, duda o probabilidad que lo van a hacer fallar en uno u otro sentido.

- (1) Así VELEZ MARICONDE (Alfredo), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Lerner, Tercera edición, T. I, p. 341; CAFFERATA NORES (José), *La prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1986; p. 31; BORJA OSORNO (Guillermo), *Derecho Procesal Penal*, Puebla, México, Editorial Cajica S.A., Tercera edición, 1985,
- (2) CAFFERATA, *op. cit.*, p. 31

La actividad probatoria, siempre irá dirigida a convencer este sujeto, pues no juzgará válidamente a través de su conocimiento privado, ni meras conjeturas o impresiones que vienen a ser elementos subjetivos sino a permitir de elementos objetivos, que derivan del mundo exterior.⁽³⁾

El tribunal no puede basarse en prueba no incorporada –al proceso– porque su resolución en ese caso sería absolutamente nula. La prueba debe estar a disposición de los demás sujetos procesales, para que éstos –si así lo desean– puedan analizarla y argumentar sobre ésta, por eso deben excluirse los elementos subjetivos.⁽⁴⁾

Lo que sí es permitido al Juez es recurrir a los elementos generales que le da su cultura, para apreciar los elementos probatorios introducidos legalmente al proceso.

Para Vélez,⁽⁵⁾ en razón del principio de verdad real o histórica, el proceso penal está regido por principios particulares, ellos son:

- Todos los órganos deben inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, deben procurar que ingrese al proceso toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado.
- Las “partes” no tienen poder dispositivo, su voluntad no puede limitar el objeto y los medios de prueba (confesión no tiene valor formal).
- No sólo se deben probar los hechos controvertidos, como en el proceso civil.
- Libertad probatoria; sobre el objeto y los medios, todo se puede probar y por cualquier medio –lícito agregamos nosotros,⁽⁶⁾ salvo casos excepcionales, como sería los contenidos en el art. 198 del Código de Procedimientos Penales costarricense.
- No hay presunciones ni ficciones.
- Sostiene Vélez (que no rige el problema de la carga de la prueba, este aspecto lo abordaremos en el punto siguiente, ya que no existe una posición pacífica en la doctrina, gran parte de esta sostiene la aplicación del dogma de la carga de la prueba en el proceso penal).

Otro aspecto de interés para el estudio de la actividad probatoria, en un sistema procesal mixto –como el nuestro– es que la misma debe circunscribirse a los hechos acusados, el juez no puede de oficio proceder a investigar, debe

(3) *Ibid.*

(4) VELEZ, *op. cit.*, p. 344; en igual sentido CLARIA OLMEEDO, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Editorial Artes Gráficas, T. II, 1983, p. 163.

(5) VELEZ, *op. cit.*, p. 344.

(6) Este problema lo vamos a abordar en la segunda parte de esta investigación.

limitarse al hecho, en que se basa la pretensión jurídica penal. Su actividad sería ilegítima si se dirigiera a descubrir otro hecho. El artículo 158 del C.P.P., establece que el Juez de Instrucción que reciba una denuncia, la pondrá inmediatamente en conocimiento del Agente Fiscal. Igualmente debe proceder cuando de la instrucción resulte otro hecho que pudiere resultar delictuoso. El anterior límite rige únicamente en cuanto a los hechos –rem– y no subjetivamente –in personam– se puede someter a proceso a una persona no indicada por el Ministerio Público al promover la acción o a una distinta de la imputada.

Esto es aplicable únicamente durante la instrucción, porque en el plenario esta limitación es, tanto de carácter objetivo como subjetivo, en razón del principio de inviolabilidad de la defensa.⁽⁷⁾

Sección I. Carga de la prueba e investigación judicial autónoma

Sobre este tema, la doctrina es muy controvertida, existen autores que sustentan la tesis de que en el proceso penal no rige el dogma de la carga de la prueba, y otros que afirman su existencia, pero en términos diferentes que en el proceso civil.

Vamos a analizar las distintas posiciones:

1. Exclusión de la Carga de la Prueba en el Proceso Penal

Dentro de esta tesis, podemos ubicar a Vélez Mariconde, Cafferata Nores, Jiménez Asenjo, Claría Olmedo, Parra Quijano y Hicheli.

Para Vélez y Cafferata,⁽⁸⁾ esta exclusión se basa en el carácter público del interés que reina en el proceso penal, compete a órganos oficiales, el investigar la verdad real del hecho, por eso es que no se encuentran límites en la actividad de las partes, no vincula al juez la proposición de pruebas que hagan los demás sujetos procesales, él tiene poder autónomo de investigación. Este poder es conocido en la doctrina como impulso procesal de oficio, el juez es el conductor del proceso, porque a la sociedad le interesa llegar al fondo de la verdad, por eso el juez debe recabar la prueba que considere útil.

Estos poderes de investigación autónoma del juez están estipulados por los artículos 185, 186 y 353 del C.P.P.

(7) Así VELEZ, *op. cit.*, p. 347.

(8) Véase CASTILLO BARRANTES (Enrique), *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*, San José, Editorial Colegio de Abogados, 1977, p. 59.

El artículo 185 inc. 1, dice que la instrucción tiene por objeto comprobar si existió un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad real.

El 186 C.P.P., establece que el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción.

Durante la etapa de juicio el artículo 353 le permite al presidente del tribunal ordenar una instrucción suplementaria, que según Castillo Barrantes "no es más que la prueba para mejor proveer con otro nombre y aparece también en el artículo 387".⁽⁹⁾

Deben probarse todos los hechos, no como ocurre en el proceso civil que se prueban únicamente los controvertidos por las partes, por regla general no rige el principio de que a confesión de parte relevo de prueba.

Excepción a este principio la contempla nuestra legislación en el artículo 419 C.P.P., que prevé que si el imputado confiesa simple y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba, tendiente a acreditarla, en el caso de que estén de acuerdo el juez, el fiscal y los defensores.

Otra razón dada por los autores para excluir la carga de la prueba al imputado, es la existencia del estado jurídico de inocencia.⁽¹⁰⁾ El imputado es inocente mientras que no se demuestre lo contrario, por esa razón "goza de una situación jurídica que no requiere ser construida, sino debe ser destruida, si no se prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente y por lo tanto deberá ser absuelto".⁽¹¹⁾

Para los que sostienen la exclusión de la carga de la prueba en materia procesal penal, el Estado debe investigar las circunstancias eximentes o atenuantes que el imputado invoque a su favor.⁽¹²⁾

Mittermaier y Jiménez Asenjo coinciden en que aún en materia de excepción la prueba no incumbe al acusado, si por ejemplo se alega legítima defensa.⁽¹³⁾

Claría,⁽¹⁴⁾ ve el tema de la carga probatoria como el problema de la iniciativa probatoria entre partes en pugna, con miras a un pronunciamiento que

(9) CASTILLO BARRANTES, *op. cit.*, p. 60.

(10) VELEZ, *op. cit.*, p. 46; CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35 y BORJA OSORNO, *op. cit.*, p. 282.

(11) VELEZ, *op. cit.*, p. 47.

(12) Véase VELEZ, *op. cit.*, p. 47, CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35.

(13) MITTERMAIER, citado por VELEZ, *op. cit.*, p. 46; JIMENEZ ASENJO (Enrique), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II, p. 409.

(14) CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, T. II, 1983, pp. 170 y ss.

le sea favorable y afirma que esta regla es inaplicable cuando una de las partes representa un interés social, al hacer valer una pretensión de derecho público, al ser el Ministerio Público un sujeto imparcial cuya pretensión debe dirigirse, en su caso, también hacia la absolución del imputado, razón por la cual este último no está impedido a robar sus afirmaciones sin perjuicio de la facultad de hacerlo.⁽¹⁵⁾

Para el autor antes mencionado, la situación desfavorable en que se ve el imputado, que no ofreció pruebas para desacreditar la acusación, se corrige con las facultades autónomas de investigación.⁽¹⁶⁾

Micheli dice que no se puede hablar de cargas probatorias en el proceso penal, ni aún a cargo del Ministerio Público, pues este último no actúa conforme a un interés interno y nunca puede decirse que un órgano de la acusación resulte vencido, por el interés social imparcial que persigue.⁽¹⁷⁾

2. Existencia de carga probatoria para el imputado

Tesis seguida por varios autores, entre otros, Framarino dei Malatesta, Miguel Fenech, Carlos Rubianes, Hernando Devis Echandía, Eduardo Gutiérrez de Cabiedes y Mario A. Oderigo.

2.1. Noción de Carga

Para Davis Echandía "La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables".⁽¹⁸⁾

Borja Osorno dice "hay una carga cuando la ley fija el comportamiento que alguien debe observar si quiere conseguir un resultado favorable a su propio interés".⁽¹⁹⁾

(15) PARRA QUIJANO (Jairo), *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Librería del Profesional, Primera edición, 1986, p. 5.

(16) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 171.

(17) MICHELI (Gian Antonio), *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 172 en igual sentido CAFFERATA, *op. cit.*, p. 35.

(18) ASÍ DEVIS ECHANDIA (Hernando), *Compendio de Pruebas Judiciales*, Santa Fe, Argentina, T. I, Editorial Rubinzal Colzoni, 1984, p. 225.

(19) BORJA OSORNO, *op. cit.*, p. 283.

Oderigo define en general las cargas procesales como: "las situaciones de alternativa, en que se encuentran las partes, de producir determinados actos procesales o de soportar las consecuencias de su inacción".⁽²⁰⁾

2.2. Diferencias entre carga y obligación

La relación jurídico procesal impone a los sujetos la realización de determinadas conductas durante el proceso, que su no observancia apareja consecuencias negativas, como podría ser la pérdida de oportunidades de la defensa e inclusive la pérdida del proceso.⁽²¹⁾

La carga no es una obligación o un deber,⁽²²⁾ existen diferencias entre una y otra.

1. Las obligaciones implica constreñimiento, mientras que las cargas una opción, sin perjuicio de que el incumplimiento de la carga traiga aparejado perjuicio.
2. La obligación es una relación jurídica pasiva, la carga es activa como el derecho y el poder.
3. En la obligación existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y el Estado, en la carga no.
4. La obligación limita libertad del sujeto pasivo y la otra persona o el Estado, la carga no, el individuo conserva completa libertad.
5. La obligación tiene como contrapartida un Derecho de otra persona a exigir su cumplimiento, no ocurre con la carga.
6. El incumplimiento de la obligación es "ilícito" y ocasiona sanción, la inobservancia de la carga es lícita y no sancionable.
7. El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, la observancia de la carga sólo beneficia al sujeto de ella; se hace en interés propio.

(20) ODERIGO (Manuel), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Ideas, T. I, 1952, p. 93.

(21) Así DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, p. 223.

(22) *Ibid.*, pp. 224 y ss.

2.3. Reserva Histórica

El dogma de la carga de la prueba ha tenido gran evolución a través de la historia, se ha dado a base de criterios contingentes, no inmutables y de "razón".⁽²³⁾

Podemos encontrar en la obra magistral de Micheli⁽²⁴⁾ una evolución de la siguiente manera:

1. En una primera fase la afirmación en juicio pone al agredido en deber de disculparse (de defenderse).
2. Segunda fase, el juez es quien determina cuál de las partes deba producir la prueba en juicio, sobre las reglas de experiencia, bajo el criterio de cual es la parte que se encuentra en mejor posición para aducir dicha prueba.
3. Se solidifican tales criterios junto a la prueba directa, se formula la contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera.
4. El Juez establece cuál de las partes debe producir la prueba, de igual manera que en la segunda fase, pero cuando hay prueba directa se debe formular la contraria, dirigida a combatir los resultados de la primera.
5. La actividad de las partes pierde su importancia, como condición necesaria para conseguir un resultado favorable, al igual que adquiere importancia la sujeción de las partes a les resultancias probatorias, no sólo depende de "las partes", sino de la propia investigación de oficio del juez.

Proceso Romano⁽²⁵⁾

Vamos a hacer una breve alusión al proceso romano, vista la importancia que ha tenido en la evolución del problema.

En el procedimiento per actionis sacramenta, la prueba correspondía por igual a las partes.

Durante el período clásico existieron algunas normas que asignaban indistintamente la carga, con un criterio práctico de equidad, el juez hacía la designación, o sea se regía por un criterio de conveniencia.

(23) Ver MICHELI, *op. cit.*, p. 4.

(24) *Ibid.*, pp. 5 y ss.

(25) Véase DAVIS ECHANDIA, *op. cit.*, pp. 225 y ss.; MICHELI, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

Luego en el Derecho Justiniano, empezaron a aplicarse otros principios, nació uno general, que ha tenido trascendencia hasta nuestros días, el que debía probar era quien afirmaba la existencia o inexistencia de un hecho como base de su acción o excepción, ya fuera actor o demandado.

En los procesos germánicos primitivos no existe acuerdo, por parte de los autores de quien debía probar, unos consideran que correspondía a ambas partes, otros que al actor, otros afirman que al demandado, etc.

En la Edad Media, reaparece el concepto de que corresponde al actor pero al demandado cuando se excepciona, principio recogido por el derecho canónico.

Varios siglos más tarde, en la época de la Revolución Francesa y el Código de Napoleón se introduce en este último una norma que dice que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien las alega.

La formulación moderna de este dogma es fundamental, porque le señala al juez la forma de decidir en caso de falta de prueba que le otorgue certeza.⁽²⁶⁾

2.4. Diversas concepciones en cuanto a la carga de la prueba en el Proceso Penal

Varios autores se han interesado por hacer un análisis detenido que justifique las razones de la existencia de cargas probatorias en el proceso penal.

Framarino dei Malatesta⁽²⁷⁾

Para este autor debe haber un principio racional que determine el “deber”⁽²⁸⁾ de probar, si existen dos afirmaciones contradictorias relativas al mismo hecho es necesario que alguien deba probar la una o la otra, considera que hay afirmaciones que merecen ser creídas, antes de que se produzca cualquier prueba en contrario, y debe haber un principio racional que establezca ese derecho a credibilidad, antes de que se aduzcan las pruebas respectivas y que determinan la obligación de la contraparte a la presentación de las pruebas, él encuentra ese principio en las presunciones, dice “lo ordinario se debe probar”,

(26) MICHELI, *op. cit.*, p. 56.

(27) FRAMARINO DEI MALATESTA (Nicola), *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Bogotá, Editorial Temis, Vol. I, 1973, pp. 155 y ss.

(28) Consideramos mal empleado este término por las diferencias apuntadas entre carga y deber.

a esto le llama principio *ontológico*, pero existe otro principio subordinado al ontológico que es el *lógico*, que dice que si se opone un hecho positivo a uno negativo quien afirma el hecho positivo debe probar de preferencia, con respecto a quien sostiene el negativo “la prueba incumbe a quien alega, no a quien niega”⁽²⁹⁾ eso en razón de que el hecho positivo tiene dos especies de pruebas posibles, la prueba directa y la indirecta.

El hecho negativo sólo se puede demostrar mediante prueba indirecta que son menos numerosas en cuanto al hecho negativo, porque “la nada, nada produce”.

Para el autor en mención, de ordinario el hombre es inocente, entonces, “la inocencia se presume, y es a la acusación, a la que le corresponde la obligación de probar en el proceso penal,⁽³⁰⁾ son muchos más los hombres que no delinquen que los que lo hacen.

La inocencia se presume, por eso corresponde probar al acusador, pero cuando el acusador ha presentado las pruebas que sustenten su afirmación, si el acusado afirma lo contrario, lo que hace es contraponer “una afirmación” no probada a una afirmación probada, y como ésta tiene derecho a ser tomada como verdadera frente a la no probada, y de preferencia a ella, por estar la presunción de verdad, en este segundo momento, a favor de la acusación, la obligación de probar incumbe al acusado”.⁽³¹⁾ Pero las pruebas de la defensa solamente tienen que hacer sospechosa la certeza de la imputación y esto lo obtienen con sólo hacer creíbles sus afirmaciones, no es necesario que prueben de manera fehaciente.

Fenech⁽³²⁾ considera que entre el proceso penal y el proceso civil deben hacerse varias diferencias, con relación al tema de la carga de la prueba.

- El Ministerio Público no es ofendido inmediato, razón por la cual no cuenta con información directa sobre el complejo de acto que constituyen el hecho punible.
- El titular del órgano jurisdiccional, no puede someterse exclusivamente al material aportado por las partes, por ser los intereses en juego públicos.
- Debe tenerse en cuenta que la prueba de inculpabilidad es generalmente imposible o difícil de aportar.

(29) FRAMARINO, *op. cit.*, p. 158.

(30) FRAMARINO, *op. cit.*, p. 158.

(31) *Ibid.*, p. 167.

(32) *Ibid.*, p. 168.

Por lo anterior, si no se prueban en forma fehaciente los hechos de los que deriva la responsabilidad criminal, se debe absolver, esto porque para condenar se debe llegar a un estado de certeza sobre la existencia del hecho, y en virtud del principio llamado por la doctrina *indubio pro reo* cuando no se han probado los hechos constitutivos del fundamento fáctico de la pretensión, se debe absolver, con base en esa no certeza.⁽³³⁾

En razón de lo anterior se puede sostener la existencia de la carga de la prueba en el proceso penal pero en forma diferente que en el civil.

2.5. Carga de la prueba formal y material

Sumamente importante es la posición del autor español Gutiérrez de Cabiedes, él afirma que quienes entienden la carga de la prueba como una manifestación del principio dispositivo, que se traduce para la parte en una *carga de alegar y probar* ciertos hechos, no puede existir carga de prueba en el proceso penal que está regido por el principio de acusación e investigación de oficio.⁽³⁴⁾

Pero para el mencionado autor y para otros como Gómez Orbaneja, Fenech, Beling, Saraceno, etc.,⁽³⁵⁾ esta institución tiene una significación más amplia, comprendiendo no sólo la alegación y la prueba de los hechos, sino también el problema de "quien sufre los perjuicios de la incertidumbre del hecho fundamentador de la acción penal o de la oposición a la misma".⁽³⁶⁾

Bastando con que se dé una de ellas para que exista carga de la prueba.

Con esta tesis es dable la carga de la prueba en el proceso penal, no importando quien debe probar, sino quien sufre las consecuencias de la falta de prueba.

Gutiérrez llama al primer problema –la alegación y la prueba– carga de la prueba en sentido formal, y al segundo –quien sufre los perjuicios de la falta de prueba– carga de la prueba en sentido material u objetivo.

En el proceso penal no existe carga de la prueba en sentido formal, "el peso de aportar los hechos y probarlos no recae sólo en las partes privadas, sino en las públicas",⁽³⁷⁾ ellas deben buscar prueba tanto sobre lo que le perjudique al reo como lo que lo favorezca.

(33) En este sentido FENECH, *op. cit.*, p. 748.

(34) GUTIERREZ DE CABIEDES (Eduardo), *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, España, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974, p. 478.

(35) Citados por *Ibid.*

(36) *Ibid.*

(37) GUTIERREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, p. 480.

En sentido material sí existe, alguien queda perjudicado, si aún con la actividad probatoria conjunta de todos, no se logra disipar las dudas del hecho del que depende la absolución o la condena.⁽³⁸⁾

Al imputado le afecta la no prueba que determine su condena.

No es correcto decir que la parte grabada con la carga deba suministrar la prueba, sino que a esa parte le interesa que el hecho resulte probado o de evitar que quede sin prueba y se traduzca en una decisión no favorable.

Hechos constitutivos del Delito

Coinciden Gutiérrez, Rubianes y Fenech⁽³⁹⁾ en que la incertidumbre sobre la existencia del hecho constitutivo de delito y el agravante beneficia al imputado por aplicación del principio de inocencia.

Algunos autores consideran que la misma solución se da en relación a los hechos impeditivos y extintivos⁽⁴⁰⁾ (cuando se duda sobre su existencia se debe absolver). Plantea Gutiérrez⁽⁴¹⁾ el problema de qué debe entenderse por hecho constitutivo de delito, si este concepto debe limitarse a la mera existencia del acto físico como apariencia de delito o si se debe extender también a la demostración de la culpabilidad y antijuridicidad, en otras palabras si debe entenderse por hecho constitutivo sólo los elementos que concurren a la indicación del tipo o también debe incluirse culpabilidad y antijuridicidad.

Con referencia a la culpabilidad, el autor da una solución al problema mediante una presunción de dolo, que a su juicio, contiene la legislación penal española, por lo menos en cuanto al dolo genérico, por lo que si no se destruye esa presunción se perjudica el imputado, si por lo menos no se crea la duda, pero en caso de duda sobre la concurrencia del dolo específico se favorecería al imputado, por ejemplo en el estupro, si el autor sabía o no la edad y hay razones suficientes como para que exista duda.

No creemos que la precedente solución sea aplicable a nuestro Derecho, pues al imputado hay que demostrarle necesariamente su culpabilidad (artículo 1 C.P.P. y 39 de la Constitución Política).

(38) *Ibid.*, p. 481; igualmente opina DEVIS ECHANDIA al decir: "No se trata de firmar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que parte", *op. cit.*, p. 243.

(39) GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 481; RUBIANES (Carlos), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ediciones Depalma, T. II, 1977, p. 241; FENECH, *op. cit.*, p. 749.

(40) Entre ellos GOMEZ ORBANEJA, BELING, citados por GUTIERREZ, *op. cit.*, p. 482.

(41) *Ibid.*

Los hechos constitutivos siempre tienen que ser probados por los representantes del Estado.

Refiriéndose a los extintivos e impositivos, Gutiérrez dice que, son extrínsecos al suceso criminal y no tienen que aparecer necesariamente con él como los constitutivos, y sólo cuando del material probatorio aparezcan como posibles, se debe intentar por parte de los órganos oficiales disipar la duda y si no se consigue beneficiaría al imputado.

Fenech⁽⁴²⁾ se aparta de lo anterior, diciendo que si queda incierto un hecho impositivo o eximente, la carga de la prueba incumbe al acusado y deberá ser condenado.

Bajo la tesis de Gutiérrez si se alega una causa de justificación verbigracia la legítima defensa, el imputado no tendría que probar de manera fehaciente los hechos que determinan su existencia, bastaría con hacer creíble su afirmación para que el juzgador incurra en duda y ésta le favorezca. Fenech estima que en este caso se debe condenar.

Para Devis Echandía existe una regla general para la carga de la prueba "a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguida por ella cualquiera que sea su posición procesal",⁽⁴³⁾ esa parte soporta el riesgo de la falta de la prueba, pero en lo penal se sustituye en lo fundamental por el principio indubio pro reo, conforme al cual el Estado debe probar la culpabilidad, ese Estado representado por el juez en el sistema inquisitivo y por el Ministerio Público en el sistema acusatorio.

Sostiene el autor supra citado en cuanto a los hechos atenuantes o exculpativos que el procesado sufre las consecuencias de la falta de prueba si el hecho ilícito y su autoría se encuentran plenamente demostrados,⁽⁴⁴⁾ a pesar de que tanto el juez como el Ministerio Público deban investigar tanto los aspectos favorables como los desfavorables al imputado.

En conclusión afirman los autores mencionados, que los hechos constitutivos y las agravantes deben ser probados por el Estado, destruyendo el estado de inocencia y en caso de duda sobre la concurrencia de uno de esos elementos se debe absolver.

Se presenta el problema en cuanto a los hechos extintivos e impositivos y las circunstancias atenuantes y coinciden en que la no existencia de prueba afecta al imputado, sin perjuicio de que el Tribunal y el Ministerio Público deban investigarlas también.

(42) FENECH, *op. cit.*, p. 749.

(43) DEVIS ECHANDIA, *op. cit.*, p. 243.

(44) *Ibid.*, p. 246.

Discrepan los autores Gutiérrez y Fenech, el primero considera que si se duda de existencia de hechos impositivos o atenuantes se debe absolver; por ello es que el imputado debe únicamente que hacer creíbles sus afirmaciones, en aplicación del indubio pro reo. El segundo dice que en esa circunstancia se debe condenar.

2.6. Nuestra Posición

Consideramos que no se puede aceptar en el proceso penal, la existencia de cargas probatorias en sentido formal. Esto, por la existencia de las posibilidades de investigación judicial autónoma del juez, el principio de inocencia y la imparcialidad del Ministerio Público.

Debemos de hacer distinción entre la carga de la prueba en el proceso civil y de la misma en el proceso penal, porque en este último valen los mencionados principios.

Si creemos, de acuerdo con Gutiérrez de Cabiedes que existe carga de la prueba en sentido material, en caso de que no exista prueba de un hecho que extinga la responsabilidad penal, los perjuicios de ésta no prueba los tendrá que afrontar el imputado, pero en caso de duda sobre la concurrencia de un hecho extintivo, creemos, aceptando la tesis de Gutiérrez de Cabiedes que se debe absolver.

Sección II. Las diferentes fases de la actividad probatoria. Generalidades

Sin duda alguna, el descubrimiento de la verdad real o histórica del hecho que se investiga, requiere de una serie de actividades tendientes a su verificación, que con el reflejo del "esfuerzo de todos los sujetos procesales, tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba".⁽⁴⁵⁾

Así entonces, podemos distinguir distintos momentos que se suscitan con relación al mundo probatorio.

Advertiremos de inmediato, que no se trata de una nomenclatura unánime, sino que por el contrario, los autores amplían, restringen, detallan, subdividen, etc., los momentos de la actividad probatoria de muy diversas maneras.

No obstante, sin perjuicio del señalamiento del apunte de otros autores, concentraremos, para efectos puramente didácticos, nuestra atención, en la

(45) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 31; En el mismo sentido véase MITTERMAIER, C.J.A., *op. cit.*, p. 67.

clarificación seguida por Cafferatta Nores, quien señala tres momentos básicos en la actividad probatoria: La proposición, la recepción y la valoración.⁽⁴⁶⁾

Esta clasificación, es básicamente la misma que señala Manzini al hablarnos de "Producción, Recepción y Valoración".⁽⁴⁷⁾

Por su parte, Fenech distingue igualmente tres momentos, a saber: "Proposición, Admisión y Práctica".⁽⁴⁸⁾

Claría Olmedo, nos indica dos etapas que a su entender, están bien delimitadas: "La Introductiva y la Valorativa".⁽⁴⁹⁾

Florián, por un lado, nos llega a subdividir los momentos en cinco sin integrar la valuación,⁽⁵⁰⁾ señalando Vélez Mariconde, que la distinción entre Claría Olmedo y Florián no existe realmente y que es "puramente terminológica".⁽⁵¹⁾

Desarrollaremos, a continuación, las dos primeras etapas de la actividad probatoria, es decir, la proposición y la recepción de la prueba, que son las fases concretas de nuestro estudio.

1. Proposición

Algunos autores, se refieren a ella, como la etapa de "solicitud de las partes ante el Tribunal, para que se disponga la recepción de un medio de prueba".⁽⁵²⁾

Hay una "tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad".⁽⁵³⁾

Se dice que es el momento de la actividad probatoria, donde se persigue "el ingreso definitivo en el proceso de todos los datos de la realidad que sea útiles para descubrir la verdad sobre lo que ha de ser la plataforma fáctica del fallo".⁽⁵⁴⁾

La proposición, concebida en los términos antes descritos como una fase del quehacer probatorio, se encuentra con ciertas variables como veremos de inmediato, según se trata de la fase de instrucción, o la fase de juicio.

(46) CAFFERATA NORES, *op. cit.*

(47) MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo III, 1954, p. 197.

(48) FENECH, *op. cit.*, p. 703.

(49) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

(50) FLORIAN (Eugenio), *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1934, p. 169.

(51) VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, p. 349.

(52) CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 36.

(53) VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, p. 349.

(54) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 1s5.

1.1. Durante la Instrucción

En esta fase, tanto el Ministerio Público como las partes legitimadas como tales, tienen la facultad de proponer las diligencias que consideran oportunas, de conformidad con los artículos 196, 340 y 279 del Código de Procedimientos Penales; pero el juez acogerá la solicitud de las partes, cuando éstas resultaren pertinentes y útiles, términos que más adelante analizaremos, siendo su resolución de carácter irrecurrible. Lo anterior no descarta la posibilidad de que posteriormente, durante otras fases del proceso, la diligencia probatoria pueda ser solicitada e incorporada al mismo a solicitud de las partes o por requerimiento del mismo tribunal; todo ello de conformidad con los principios de Economía Procesal y de búsqueda de la verdad real, tomándose en cuenta inclusive, que el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales obliga al Juez a investigar en esta etapa procesal, todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

1.2. Durante la etapa de Juicio

Se dice que esta etapa procesal, las partes tienen un "verdadero derecho a ofrecer pruebas",⁽⁵⁵⁾ puesto que el tribunal tiene la obligación de recibirlas, siempre que no resultaran evidentemente impertinentes o imperabundantes, y hubieren sido ofrecidas oportunamente, conforme lo disponen los artículos 349, 351, 352, 371, 353, -siguientes y concordantes del Código de Procedimientos Penales.

Desde luego que, podría darse la hipótesis de que ninguno de los sujetos procesales ofreciera prueba, en cuyo caso el Presidente del Tribunal deberá disponer la recepción de aquella que considere pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción, o bien ordenará la instrucción suplementaria con notificación previa a las partes, según lo dispuesto en los artículos 352 y 353 del Código de Procedimientos Penales.⁽⁵⁶⁾

Para concluir con lo referente a este primer momento de la proposición, no podemos dejar de lado el mencionar la importancia que cobra el principio de la comunidad de la prueba, según el cual, la prueba ofrecida por alguno de los

(55) CAFFERATA NORES, *op. cit.*

(56) Núñez sostiene que de no ejercitarse durante el término de la citación a juicio la posibilidad de ofrecer prueba conforme al 349-366 del Código de Córdoba-, por

sujetos que intervienen en el proceso, viene a incorporarse al mismo, por lo que deja de pertenecer a quien la ofreció en primera instancia, por lo que la prueba, así concebida, no pertenece ni beneficia necesariamente con exclusividad única quien la solicita o aporta, sino al proceso mismo y a la búsqueda de la verdad real.⁽⁵⁷⁾

2. Recepción

El segundo momento dentro de la actividad probatoria, lo constituye el de la recepción, el cual consiste en el hecho de que el tribunal posibilite el ingreso efectivo del dato probatorio que se pretende incorporar.

No sólo implica el que el tribunal permita el arribo de la prueba que se aporta por la parte, sino también el que se ordene el cumplimiento de la realización o traslado de la misma al proceso que se encuentra latente.

Cafferata nos aclara, que el hecho de que sea recibida la prueba, no implica de forma necesaria que ésta aporte al proceso algún elemento probatorio.⁽⁵⁸⁾

Se dice igualmente que la recepción consiste en el "proveimiento estimatorio positivo"⁽⁵⁹⁾ que realiza el tribunal ante el ofrecimiento o proposi-

las partes, implicaría la caducidad de la facultad no ejercida o sea, el presentar las pruebas y recusaciones del caso. Véase NUÑEZ (Ricardo), Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado, Argentina, Editorial Lerner, 1970, pp. 318-319. Sin perjuicio de lo cual Llobet bien nos aclara que aún luego de abierto el debate, existe la posibilidad de ofrecer prueba para mejor proveer inmediata mente después de abierto el debate, o bien con el mismo carácter con posterioridad, de conformidad con los artículos 371 y 387 del Código de Procedimientos Penales.

Véase LLOBET (Javier), Código de Procedimientos Penales Anotado, Alajuela, Ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987, pp. 388, 389, 409, 410.

(57) Véase CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 37. En el mismo sentido se pronuncia Tiberio Quintero Ospina, quien prefiere denominar al principio como de "adquisición de la prueba". Véase QUINTERO (Tiberio), *Práctica forense penal*, Colombia, Editorial Jurídica Wilches, Segunda edición, Tomo III, 1982, p. 47.

(58) Por ejemplo en el caso de que el testigo ofrecido, al prestar su declaración, indique desconocer los hechos por los que se le ha citado. Ver CAFFERATA, *op. cit.*

(59) Así se manifiesta CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pp. 166-167.

ción de la prueba, aclarándose que cuando la recepción de la prueba proviene de una iniciativa probatoria de oficio, es decir, cuando la ley autoriza al juez a producir prueba por su propia iniciativa, el ofrecimiento y la recepción prácticamente se funden en un mismo momento.

2.1. Durante la Instrucción

En la Instrucción, el juez, según lo dispone el artículo 186, del Código de Procedimientos Penales, debe proceder directa e inmediatamente a la investigación de los hechos, por lo que no está ligado en absoluto a únicamente las proposiciones probatorias de las partes, recordando en todo caso que, en cuanto a éstas, regirá lo dispuesto en el artículo 196 del mismo cuerpo legal, en tanto el juez practicará las diligencias propuestas por el Ministerio Público y las partes, siempre que resulten útiles y pertinentes, siendo su resolución irrecurrible.

Es importante anotar, que las partes deben ser notificadas bajo pena de nulidad para la recepción de los actos que dispone el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales, exceptuándose el uso de los actos de una urgencia y dejándose constancia de los motivos de conformidad con el artículo 192, del mismo Código.

No obstante lo antes citado, los defensores estarán inhibidos de asistir a los actos que a criterio del juez ponga en peligro la concreción de los fines del proceso, o impida una pronta actuación, siendo dicha resolución irrecurrible y sin ni siquiera pedirse que sea fundamentada dicha resolución, de conformidad con el artículo 193 del cuerpo legal antes citado. A lo anterior se agrega la posibilidad establecida en el artículo 275 que tiene el imputado de declarar aún sin la presencia de un defensor.

2.2. Durante la Etapa de Juicio

En la etapa de juicio, el Tribunal, en principio, debe recibir solamente las pruebas que se ofrecieron oportunamente.

Sin embargo, como ya antes se dijo, el Presidente del Tribunal podrá disponer la recepción de la prueba pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción en caso de que las partes no ofrecieran prueba, de acuerdo al artículo 352 del Código de Procedimientos Penales, e inclusive, tiene la posibilidad de hacer uso de la instrucción suplementaria según reza el numeral

353 del mismo Código, o bien ya sea a solicitud de las partes o de oficio ordenar la prueba para mejor proveer de acuerdo a los artículos 370 y 387 del Código Procesal antes citado.⁽⁶⁰⁾

Para finalizar, añadiremos que al no existir disposición concreta en cuanto a la asistencia y participación de la recepción de las pruebas por parte de los sujetos del proceso atinentes a las mismas, deberá regir a nuestro criterio, las mismas disposiciones para la recepción de éstas en la fase de instrucción.⁽⁶¹⁾

3. Hacia una clasificación más técnica

Sin perjuicio de lo antes indicado, con referencia a estas dos grandes fases primarias de la actividad probatoria, a nuestro criterio una clasificación más técnica deberá distinguir entre estos momentos, algunos procedimientos que muchas veces se encuentran indistintamente utilizados y que es frecuente conduzcan a errores en su apreciación e interpretación. Es por ello, que creemos que la clasificación que en razón de las fases y etapas de la actividad probatoria en el proceso, realiza Hernando Devis Echandía, se ajusta con mayor claridad a los requerimientos de una visión más técnica del tema.⁽⁶²⁾

El autor citado, divide igualmente en 3 fases la actividad probatoria:

- a. Fase de producción u obtención de la prueba;
- b. Fase de Asunción; y
- c. Fase de Valoración.

Distingue así, en razón de la primera fase (producción) cinco momentos diferentes: a. averiguación o investigación; b. aseguramiento; c. proposición o presentación; d. admisión y ordenación; y recepción y práctica.

(60) Esto se funda en el principio de verdad material, señalando Mario Ramírez que la prueba para mejor proveer puede ser decretada tanto para el asunto penal, como para la acción civil correspondiente. Ver RAMÍREZ (Mario), Aspectos Civiles de la Acción Resarcitoria, *Revista Judicial*, San José, No. 12, junio de 1979, pp. 44-45. En el mismo sentido véase LLOBET, *op. cit.*, p. 409; CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, T. I, pp. 484-485 y VELEZ MARICONDE, *op. cit.*, T. II, pp. 197-198.

(61) En sentido similar se manifiesta CAFFERATA, quien indica que "fuera del caso de la instrucción implementaria, la recepción de las pruebas durante el juicio no podrá llevarse a cabo sin la presencia del representante del Ministerio Público, el imputado y su defensor, bajo pena de nulidad". Cosa que fundamenta en los artículos 78 y 171 inc. 3 del Código de Córdoba, Argentina. Véase CAFFERATA NORES, *op. cit.*, p. 39.

(62) DAVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

Ya hemos hablado anteriormente de lo concerniente a la importancia de la averiguación e investigación de la prueba; pero resulta interesante observar que en razón del aseguramiento o defensa de la prueba, Devis Echandía distingue tres clases.

1. El apoderamiento material preventivo de cosas, en calidad de custodia o secuestro;
2. La recepción anticipada de la prueba; y
3. La coerción oficial para la práctica, que va desde los allanamientos de inmuebles y la incautación de objetos, hasta la conducción de los testigos ante el juez por la fuerza pública.

Estos señalamientos referentes al aseguramiento o defensa de la prueba, los podemos encontrar en los artículos 161, 164, 165, 166 y 167 del Código de Procedimientos Penales.

Distingue el autor, como un tercer momento dentro de la primera fase, la proposición y presentación de la prueba, haciéndose el distingo de que la *presentación* se da cuando la parte aduce el medio y el juez se limita a admitirlo; mientras que existe *proposición* cuando la parte se limita a indicar un posible medio, con el fin de que el juez lo decreta y procede a su práctica. Al mismo tiempo se señala que la proposición o presentación de la prueba estará sujeta a condiciones, tanto intrínsecas, como la legitimación del peticionario y la capacidad y competencia del funcionario, como también a condiciones extrínsecas, que podrían estar determinadas por factores de modo, tiempo y lugar.

Un cuarto momento de la primera fase está referido a la admisión, ordenación y decreto de la prueba; refiriendo el autor, que la *admisión* se refiere a la aceptación del juez de la prueba aducida por las partes, la *ordenación*, al mandato del juez para que se practique las respectivas pruebas solicitadas y que el *decreto* de éstas se refería a un concepto más amplio que abarcaría a los dos anteriores; aclarándose en todo caso que al decretar (admitir u ordenar) la prueba, el juez realiza una calificación previa de la legalidad y pertinencia del medio presentado o solicitado, sin que por ello se está valorando o apreciando su fuerza o mérito de convicción en esta etapa procesal.

El último momento señalado por Devis Echandía, en lo que a la primera fase se refiere, estaría comprendido por la recepción o práctica de la prueba.

Se dice entonces que la *recepción* opera como una simple agregación al proceso ante la presentación que ha realizado la parte del elemento probatorio, mientras que se da pie a la práctica del mismo cuando la parte solamente se limita a solicitarla, siendo ambos, actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados se ejecuten e incorporen al proceso.

Se aclara por el autor el hecho de que en algunas ocasiones, cuando el medio probatorio se presenta al Juez para su admisión, la práctica o recepción se confunde con la admisión, e igual cosa podría suceder cuando el juez procede a practicar la prueba en el curso de una diligencia.

En segundo término o como una segunda fase, se menciona la fase de *asunción de la prueba*, la que es frecuentemente confundida con la recepción, y que se refiere más bien a la percepción sensorial y a la aprehensión mental de la prueba por el juez, es una especie de comunicación subjetiva del juez con el medio probatorio, sin que en esta fase se esté procediendo todavía a valorar su mérito o fuerza de convicción, cosa que operaría en la tercera y última fase referida a la apreciación por parte del juez, de la prueba, que no es motivo de nuestro estudio.

LIMITES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Sección III. Pertinencia y utilidad de la prueba

En esta parte de nuestro trabajo, analizaremos de manera rápida, pero concisa, la importancia que revisten los términos de pertinencia y de utilidad en materia probatoria.

En ese orden de ideas, señalaremos primeramente lo descrito a la prueba pertinente o impertinente, terminando con una breve indicación de la prueba útil y su relación con el criterio de superabundancia.

Podemos decir entonces, que la determinación de si una medida probatoria es pertinente o no, es sumamente importante, puesto que de no considerarse apta por parte del juez, no existiría posibilidad de que ésta fuera practicada o recibida, y por lo tanto, nunca se le podría incorporar al proceso.⁽⁶³⁾

Es evidente, que para que un elemento probatorio pueda ser aceptado y luego valorado, éste debe de reunir ciertos y determinados requisitos.⁽⁶⁴⁾

Las pruebas son circunstancias sometidas a los sentidos del juez, que ponen de manifiesto el contenido del juicio, detectados acerca de la existencia

(63) Mittermaier, señala que este impulso producido por la parte, comunica lo que él denomina como "movimiento de la aguja de la balanza del proceso". Véase MITERMAIER, *op. cit.*, p. 65.

(64) Para mayor profundidad del tema véase a QUINTERO, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

o inexistencia de un hecho, debiéndose buscar la verdad real o material a través de los rastros, consecuencias, indicios, etc., que contribuyan al esclarecimiento de éste.⁽⁶⁵⁾

Es por lo anterior, que el juez necesita llegar a ubicar en el proceso todo aquello que resulte útil y pertinente; reproduciendo hasta donde se pueda, los "elementos materiales e intensionales" que rodearon al hecho.⁽⁶⁶⁾

Se dice entonces, con justa razón, que las partes, desde esta perspectiva, no pueden integrar al proceso a su libre arbitrio las pruebas que quieran, sino solamente aquellas que conduzcan en forma efectiva y real a la averiguación del hecho en cuestión.

Lo anterior ha llevado a algunos a afirmar que esta restricción constituye "un límite al ejercicio de la defensa".⁽⁶⁷⁾

Es así como algunos autores hablan además de pertinencia y utilidad de la prueba, de "conducencia", de la misma, refiriéndose a la misma como "una comparación entre el medio probatorio y la ley".⁽⁶⁸⁾

Un ejemplo claro de lo anterior, sería el intentar aportar una prueba documental relativa al estado civil del imputado, por medio de una certificación privada, en detrimento de lo que consagra el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales.

Al hablar de pertinencia, nos referimos entonces, a la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso, y los hechos que son tema de prueba en éste, es pues, una relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.⁽⁶⁹⁾

(65) En ese mismo sentido, véase ELLERO (Pietro), *De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia penal*, España, Editorial Reus, Séptima edición, 1980, pp. 38-39.

(66) Framarino añade al respecto que "deducir el elemento intencional del elemento material, es lógico solamente cuando el elemento material contiene en sí mismo el dolo. Véase FRAMARINO, *op. cit.*, p. 213.

(67) Pero es evidente que el Derecho a la Defensa no presupone que se deba consentir el que el imputado o alguna de las partes someta al juez pruebas impertinentes o inútiles. En contra véase HERRERA (Luis Guillermo), Oportunidades procesales para que el imputado ofrezca prueba en el Proceso Penal, *Revista Judicial*, San José, Año IV, No. 14, diciembre 1979, p. 35.

(68) Véase lo antes señalado en razón de la prueba ilícita. Así, PARRA QUIJANO, *op. cit.*, p. 27.

(69) Para Vélez y para Núñez, "la diligencia es pertinente si se refiere al hecho investigado; y es útil para esclarecer la verdad con respecto a alguno de los elementos fácticos en que se basa la imputación". Véase VELEZ MARICONDE (A.), *La Acción Resarcitoria*, Córdoba, Argentina, Editorial Lerner, 1965, p. 134. NUÑEZ, *op. cit.*, p. 193.

Así, Llobet, nos refiere que "Prueba impertinente es aquella que no tiene relación en cuanto a lo que se tiende a probar con ella, con lo que en el proceso se quiere saber".⁽⁷⁰⁾

Nuestro Código de Procedimientos Penales, utiliza el término "pertinente" en varias ocasiones en el sentido apuntado, y que a nuestro criterio es sinónimo en cuanto a su utilización del de idoneidad, así por ejemplo los artículos 196, 340 y 352.

Si la prueba, luego de ofrecida por las partes resultare impertinente, el juez deberá rechazarla, siendo su resolución de carácter irrecurrible, haciéndose la salvedad que en el debate y ante el rechazo injustificado de la prueba ofrecida, procedería la revocatoria, y si esto no lograra su objetivo se podría plantear la respectiva reserva o protesta para recurrir a casación, lo que se intentaría de conformidad con los artículos 106, 395 inc. 2 y 400 inc. 4 del Código de Procedimientos Penales, alegándose la falta de fundamentación de la sentencia.⁽⁷¹⁾

En igual forma, si existiera duda sobre la pertinencia o impertinencia de una prueba, lo recomendable sería admitirla y diferir su receptación y/o práctica hasta que se considerara oportuno por el juez, sin perjuicio de rechazarla posteriormente por considerarla eventualmente impertinente.

Hay que aclarar además para terminar, que nuestro Código habla además del concepto de utilidad, el que busca que las probanzas presten algún servicio en el proceso, por lo que si una prueba no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano.

Es obvio que las pruebas impertinentes resultarían inútiles, pero puede suceder que la prueba sea pertinente, pero que resulte inútil, cuyo ejemplo típico sería el de la prueba superabundante, conforme señala el artículo 352 del Código de Procedimientos Penales.

Sección IV. Licitud e ilicitud de la prueba

El proceso penal tiende a la averiguación y comprobación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que puede ser cometido, obviamente también es fin del proceso penal el establecer la participación posible del sindicado a efecto de que en su caso se haga la declaración de responsabilidad correspondiente pronunciando las penas respectivas y demás declaraciones que la ley establece.

(70) LLOBET, *op. cit.*, pp. 212 y 368.

(71) *Ibid.*

Dentro del proceso y para que el juzgador pueda cumplir con los fines indicados, debe promover de oficio la investigación, debe comprobar y establecer los hechos buscando la verdad histórica, para es este efecto se debe valer de los medios de prueba porque estos le permiten establecer la verdad de los hechos que pueden tener importancia para la sentencia y estos medios de prueba serán la vía del conocimiento por la cual tomará convicción para resolver la situación del imputado en determinado momento.

La búsqueda de la verdad material que impera en el proceso constituye el fundamento del sistema probatorio, lo anterior unido al criterio del libre convencimiento, llevan conjuntamente a la conclusión de que los medios de prueba no pueden señalarse en una enumeración taxativa o inmodificable, manifestándose de esta manera el principio de la libertad de los medios de prueba,⁽⁷²⁾ por el que se establece que en materia penal todo se puede demostrar y por cualquier medio.

Algunos autores estiman de que los medios de prueba lícitos son solamente los que la ley, civil o penal admite y que por estar taxativamente señalados no se necesita la prohibición para no admitir otras, este criterio, sin embargo, no tiene ninguna relevancia y ninguna justificación ante la exigencia de la búsqueda de la verdad y menos aún cuando la misma legislación reconoce la libertad de prueba.

Por otro lado, el ser humano es capaz de realizar una gran cantidad de actos y puede incurrir en un delito de muy diversas maneras, lo que exige y presenta a la investigación objetos variados y nuevos a probar lo que lleva consigo nuevos y variados modos e instrumentos de investigación.

El objeto de proclamar o reconocer la libertad de los medios de prueba, es establecer de que al juez y a los órganos de prueba (en especial a los funcionarios de la Policía Judicial, Ministerio Público, peritos, etc.) les es lícito averiguar la verdad con todos los medios modernos que en sus constantes progresos pueda ofrecer la ciencia y el arte, tales como los medios de identificación introducidos por la Policía científica.

De lo anterior se establece concretamente, de que la investigación de la verdad no debe ser en principio teórico que se pueda dejar en el aire sin fundamento en la realidad, por el contrario, señala la doctrina, en el proceso se deben utilizar todos los instrumentos adecuados, en el caso concreto para que la averiguación de la verdad se realice en forma completa, de tal manera de que la enumeración de los medios de prueba que se encuentra en los códigos tiene carácter puramente indicativo y demostrativo, sin que esa enumeración excluya otros medios de prueba.

(72) Así, FLORIAN (Eugenio), *De las Pruebas Penales*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, Talleres Gráficos, Tercera edición, p. 223.

1. Prueba Prohibida

No obstante lo anteriormente dicho, se presentan algunas limitaciones a ese principio de libertad de prueba, esas limitaciones que sacrifican la verdad real tienen como causa un interés más importante, que se puede encontrar fundamentado en las funciones y la actividad del Estado, en vínculos de familias, o bien en la protección de la espera o los derechos personales. De la violación de esas limitaciones, surge la categoría procesal conocida como prueba prohibida, que se puede definir como aquella prueba que no obstante siendo en sí misma idónea para suministrar elementos relevantes para el descubrimiento de un hecho deducido en juicio, el orden jurídico prohíbe utilizar.⁽⁷³⁾

El anterior concepto de prueba prohibida es muy amplio y constituye un género del cual se originan cuatro especies:

1.1. La prueba prohibida a título *expreso* por las normas procesales, esté contenida o no al Código Procesal, y esté o no empleado el término prohibida

Es preciso pues, en este primer supuesto de que exista una limitación expresa en la ley aún cuando no se emplee el término prohibido.

Como ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones:

Artículo 276 del Código de Procedimientos Penales: "El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinararlo a declarar contra su voluntad... sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

Por su parte el artículo 222 del mismo cuerpo legal establece: "No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo".

Cabe decir en cuanto al primer artículo citado de que la libertad de declarar del imputado goza de fuerte amparo y en la mayoría de las leyes de ordenamiento procesal están expresamente prohibidas como medios de técnica inquisitoria, los malos tratos, la amenaza y el engaño.

En el artículo indicado se prohíbe la utilización de coacción o amenaza, pero también en forma amplia se prohíbe la utilización de cualquier medio para obligarlo a declarar contra su voluntad.

(73) NOVOLONE, citado por MINVIELLE (Bernardette), *La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*, Córdoba Argentina, Marcos Lerner, Editorial, 1987, p. 13.

Dentro de las prohibiciones indicadas entra una variedad de medios que van desde la amenaza por medio de la cual el funcionario trata de presionar al imputado, exponiéndole la perspectiva de algún mal para que en el caso de que sigue negando el hecho, hasta la utilización de medios que vienen a vulnerar la posibilidad de autodeterminación del sujeto mediante técnicas psicológicas, como por ejemplo el polígrafo o el detector de mentiras que permite controlar en forma directa la verdad de las declaraciones del sujeto a través del control de sus movimientos respiratorios, durante el interrogatorio, como también las variaciones de la presión arterial, el pulso y la secreción transpiratoria en las distintas etapas de la forma de declaración, la doctrina señala que estos fenómenos sufren evidentes cambios cuando el declarante dice conscientemente una falsedad,⁽⁷⁴⁾ o bien la utilización de químicos que tienden a disminuir el control consciente de sí mismo, como el narcoanálisis, que consiste en poner al sujeto en estado de subnarcosis, suministrándole por vía endovenosa preparados químicos que sin impedir la posibilidad de comunicación del imputado viene a disminuir sus frenos inhibitorios, así como la idea de la autodefensa con lo cual el sujeto exterioriza hasta las más íntimas, absurdas y condenables tendencias y por supuesto su confusión sobre los hechos por él realizados.⁽⁷⁵⁾ En cuanto a este mecanismo vale agregar que no sólo es rechazado por vulnerar la libertad de declaración del imputado sino también por su inseguridad ya que el sujeto bajo esos efectos muchas veces confunde una acción deseada o querida como un hecho realizado o bien que mezcle los sueños con la realidad. En cualquiera de estos supuestos estaríamos en presencia de la primer especie doctrina de prueba prohibida o sea la prueba prohibida expresa.

1.2. La prueba cuya obtención o utilización no es prohibida expresamente, pero que su prohibición deduce del sistema

Dentro de esta categoría se comprenden las prohibiciones, que implícitamente están contenidas en normas procesales, o bien aquellas que se puede originar de la interpretación analógica de las prohibiciones expresas en la medida que se encuentre presente el mismo fundamento.

Como ejemplo de esta prueba prohibida que se deduce del sistema se puede citar, que la ley faculta la interceptación de correspondencia postal o telegráfica o de otro efecto remitidos por el imputado o destinado al mismo. Por

(74) DORING (Erich), *La Prueba*. Su práctica y apreciación, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 210.

(75) FLORIAN, *op. cit.*, p. 229.

su parte el artículo 222 del Código de Procedimientos Penales reduce la facultad antes indicada excluyendo algunos documentos de la posibilidad de ser interceptados o secuestrados, el artículo establece: "No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo".

De la forma anterior se puede deducir que así como no pueden secuestrarse las cartas o documentos que el imputado envíe a su defensor para el cumplimiento de su cargo, tampoco pueden secuestrarse las cartas o documentos entregados o enviados por la actividad de la defensa. También se deduce mediante interpretación analógica que si se excluye el secuestro de documentos ente imputado y defensor, cuando en éstos puede hallarse representada la actividad defensiva no podrían ser utilizadas en contra del imputado las conversaciones telefónicas interceptadas sostenidas entre el imputado y su defensor, así como la percepción de la conversación directa llevada a cabo entre defensor e imputado mediante la colocación de micrófonos.⁽⁷⁶⁾ Cabe resaltar como de una prohibición expresa como indicada pueden plantearse prohibiciones que se deducen del propio sistema, ya que en este caso, tanto la prohibición expresa de no secuestrar las cartas que se envíen a los defensores para el desempeño de su cargo como las prohibiciones deducidas de no poder secuestrar las cartas enviadas del imputado al defensor, sino del defensor al imputado, así como la prohibición deducida de no utilizar en contra del imputado las conversaciones telefónicas interceptadas sostenidas entre éste y su defensor tienen similar fundamento el permitir que la defensa pueda ser ejercida eficazmente mediante la inviolabilidad del secreto profesional.

1.3. Como tercera especie de prueba prohibida la doctrina señala la "prueba irritual"

Como su nombre lo indica, este es el medio probatorio obtenido mediante una actividad desarrollada, en el proceso, pero con violación a la ley de rito en cuanto a los requisitos y procedimientos para procurarlo, y que pueden corresponder a la protección de derechos constitucionales.⁽⁷⁷⁾

En esta especie debe resaltarse que el medio de prueba es obtenido dentro del proceso y que necesariamente vulnera o los requisitos para obtener dicho medio de prueba, o bien el procedimiento para procurarlo.

(76) MINVIELLE, *op. cit.*, p. 17.

(77) MINVIELLE, *op. cit.*, p. 19.

Existen varios supuestos que pueden servir como ejemplo de esta prueba prohibida, así el artículo 192 del Código de Procedimientos Penales establece que antes de practicar reconocimientos, reconstrucciones, exámenes periciales, e inspecciones de las que se refiere el artículo 191, bajo pena de nulidad deberán ser notificados el agente fiscal y los defensores, o la excepción de la obligación de notificar también contenida en el artículo 192 tendrá como base la suma urgencia de la práctica de la diligencia en cuyo caso se debe dejar constancia de los motivos. También bajo pena de nulidad. En este supuesto vemos como, tanto la emisión de notificación a los sujetos allí indicados así como la omisión de la constancia de los motivos de suma urgencia que determinarán la práctica de la diligencia sin previa anticipación constituyen violación a los requisitos establecidos por la ley en cuanto a requisitos sobre procedimientos para procurar la prueba.

Se han analizado tres de las cuatro especies de prueba prohibida: prueba prohibida en forma expresa, prueba prohibida que se deduce del sistema y prueba irritual, es oportuno notar que en las dos primeras especies la ley señala explícita e implícitamente que la práctica de la prueba no debe realizarse mientras que en el caso de la prueba irritual ésta sí puede practicarse pero lo que sucede, como ya se ha quedado indicado es que no se cumple con la forma que la ley ha establecido para la práctica de la misma.

1.4. Prueba ilícita

La prueba ilícita es el medio de prueba obtenido extra-procesalmente, mediante la violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución.

Esta prueba ilícita es obtenida extraprocesalmente y se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de la forma ilícita en que fue obtenida.

La diferencia que señala la doctrina entre la prueba ilícita y las otras especies ya vistas, indica en que en las tres primeras, existe una norma procesal, expresa o deducida del sistema que se vulnera en la obtención o utilización de la prueba, mientras que por el contrario, en la prueba ilícita, de derechos consagrados en la Constitución se estime un juicio de inadmisibilidad procesal sin que una norma procesal exprese dicha valoración negativa. Existe mucha similitud realmente entre la prueba prohibida en forma expresa y la prueba ilícita más aún cuando pueden en alguna forma coincidir, por ejemplo, en la declaración obtenida mediante reacción o amenaza se violan principios constitucionales que generalizan la libertad de defensa y además se violan normas expresas como las contenidas en el Código de Procedimientos Penales y que prohíben la utilización de estos métodos.

Sin embargo puede notarse de mejor manera la diferencia entre estos tipos de prohibiciones a través de los siguientes ejemplos.

La Constitución Política reconoce el derecho de inviolabilidad de la correspondencia.

El Código de Procedimientos Penales, autoriza que el juez pueda ordenar la interceptación de correspondencia, pero prohíbe que se secuestren las cartas o documentos que el imputado envíe o entregue a los defensores para el desempeño de su cargo (art. 222).

De esa prohibición expresa ya hemos señalado como se puede obtener una prohibición deducida del sistema y que consiste en que tampoco pueden ser secuestrados los documentos que el defensor envíe al imputado con relación a la defensa. Pero si por el contrario, un sujeto o agente, o autoridad sin autorización de juez o sea extraprocesalmente viola correspondencia y pretende utilizar su contenido como medio de prueba estamos en presencia de una prueba ilícita que no viola ninguna prohibición del Derecho procesal porque el derecho objetivo sólo se refiere a violación de correspondencia autorizada por el Juez, por lo tanto con esta acción lo que se está violando es una garantía constitucional, característica de la Prueba ilícita.

La Constitución Política garantiza la inviolabilidad de las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Por su parte el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales faculta al Juez para que pueda ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado, pero si en forma expresa la ley prohíbe la interceptación de correspondencia entre defensor e imputado se obtiene la prohibición deducida del sistema de que tampoco puede utilizarse en contra del imputado las grabaciones de las conversaciones entre él y su defensor.

Pero si por el contrario un sujeto en forma extraprocesal interviene una comunicación telefónica en la cual puede confesar haber cometido un delito en el caso de que esa comunicación sea grabada, no puede ser utilizada como medio de prueba y no obstante que no vulnera ninguna norma procesal expresa ni implícita si viola una garantía constitucional por lo que se está en presencia de la prueba ilícita.

2. Intervenciones telefónicas dentro de la prueba ilícita

En cuanto a la prueba que se deduce de la interceptación de comunicaciones telefónicas existe mucha discusión en la doctrina, discusión que creo tiene su razón de ser en la poca claridad con que se ha redactado algunas constituciones y leyes ordinarias.

En varias constituciones políticas, al reconocerse la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas también en los mismos cuerpos legales bajo algunas condiciones se consideran como excepción la posibilidad de interceptar la correspondencia y de intervenir la comunicación telefónica por orden del juez competente, tales son los casos de las constituciones de España, de URSS, República Popular de China, de Italia, dentro de otras.

El problema surge cuando muchas constituciones latinoamericanas como la colombiana, la costarricense y la guatemalteca dentro de otros, y las comunicaciones escritas y orales de los habitantes, y como excepción a esa inviolabilidad sólo reconocen la posibilidad del registro o examen de documentos y correspondencia por parte de los tribunales de justicia, sin referirse en forma concreta a la posibilidad de intervenir comunicaciones telefónicas, con lo cual cualquier norma contenida en una ley ordinaria que restrinja esa garantía permitiendo al juez intervenir una comunicación telefónica tal, como el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, aparentemente puede parecer inconstitucional por no estar amparado en la excepción que contiene la Constitución.

En resumidas cuentas dos son las posiciones en relación a este problema.

2.1. Posición en contra de la licitud

Por un lado los que consideran que es inconstitucional el uso de la intervención de la comunicación telefónica y otros que están a favor de dicha práctica. Quienes consideran de que no debe autorizarse la interceptación de comunicaciones telefónicas se fundamentan en:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí misma no contra parientes dentro de los grados de ley.

Consideran de que este principio tiene como finalidad el impedir que se obtengan confesiones que no sean espontáneas y que existe diferencia formal entre el uso del narcoanálisis y el uso de grabaciones de comunicaciones telefónicas del imputado porque en ambos casos se obtiene una declaración en la que el imputado no tiene la conciencia de que lo que manifiesta será tomado en su contra, con lo que se le impide el ejercicio del derecho de defensa, consideran los autores que con este método se anula la voluntad del sujeto para obtener declaraciones que sin el uso de esos medios no se hubieran producido, que su inadmisibilidad debe ser absoluta tanto por la moral como por el derecho y que no es más que una transformación de la tortura del imputado utilizándose como muchas veces en forma negativa las conquistas de la ciencia.

No obstante, materialmente no se ejecuta ninguna tortura ni ninguna violencia para buscar prueba judicial, lo cierto es que la intervención telefónica es un medio subrepticio u oculto que igualmente quebranta el libre consentimiento de la persona, su libertad de no hacer aquello que pueda perjudicarla o perjudicar a sus familiares, si con la interceptación telefónica se consigue que alguien deje una prueba contra sí mismo o contra sus familiares es obvia que se ha obtenido contra el querer de ese individuo ya que si esa persona hubiere sabido de que el teléfono estaba interceptado, es evidente de que no hubiera abordado el tema que comprometiera su responsabilidad a la de sus familiares, con lo cual se logra que alguien declare contra sí mismo o contra sus parientes.

Un segundo argumento para negar la licitud radica en que, con la intervención telefónica se violan derechos de personas distintas de las indicadas y que no están en situación que legitime ese proceder en su contra.

En algunas legislaciones como la de Colombia y la de Guatemala se faculta la interceptación mediante grabación magnetofónica, de las comunicaciones que se hagan o se reciban en determinado teléfono y que se agreguen al expediente mediante ratificación las que tengan interés para los fines del proceso, es lógico que mediante este mecanismo se viola la intimidad de personas ajenas a cualquier sindicación del delito.

En el caso de Costa Rica, el artículo 221 señala que el Juez podrá ordenar la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado pero es obvio de que no podrá saber el momento preciso en que el imputado va a realizar la conversación telefónica, lo que hace necesario de que la línea telefónica se mantenga intervenida, lo que trae consigo la intromisión en la vida privada de otros sujetos. Este artículo está mal redactado porque su ejecución en los términos que allí indica es imposible, ya que no se puede intervenir exclusivamente la comunicación telefónica del imputado; ese artículo, a nuestro criterio, debió decir que "El Juez podrá ordenar la interceptación de comunicaciones telefónicas del imputado", ya que esta fórmula implica no sólo la intervención telefónica sino la grabación y documentación de las conversaciones que tengan interés para el proceso dejado por fuera de la conversación del imputado que no interese al proceso y obviamente la conversación de otras personas.

El tercer fundamento que algunos doctrinarios utilizan al negar la posibilidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas radica en que las constituciones consideran como excepción la interceptación de correspondencia escrita o documentos privados y garantizan incondicionalmente la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas, este es el caso de Costa Rica, en que la Constitución no contiene expresamente ninguna excepción a la inviolabilidad de la comunicación oral ya que el artículo 24 de la Carta Magna autoriza por vía de ley ordinaria que los tribunales de la República puedan ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados excluyendo

tácitamente las comunicaciones orales como las comunicaciones telefónicas por lo que consideran de que el artículo 221 que permite la no intervención de las comunicaciones del imputado es inconstitucional.

En Costa Rica la polémica también radica en la interpretación estricta de dicho artículo en cuanto a intervenir y usar como prueba las comunicaciones telefónicas del imputado, pero no interceptar y usar pruebas para crear al imputado, es decir, de interceptar comunicaciones que incluso permitan descubrir a quien se le puede imputar un hecho delictivo.

Por ejemplo, se sabe que en determinado sector se mantiene a una persona secuestrada sin que dentro del proceso exista alguna persona indicada, en este supuesto para quienes interpretan restrictivamente el artículo no podrán intervenir los teléfonos porque no se estaría interceptando la comunicación telefónica del imputado porque éste aún no existe.

2.2. Posición a favor de la licitud

Los anteriores son los argumentos fundamentales para rechazar en forma genérica o específica la interceptación judicial de las conversaciones telefónicas, sin embargo aunque podrían parecer valederas, creo que la razón la tienen quienes afirman que si se deben tener como lícitas las pruebas que se originan de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, los fundamentos doctrinales para hacer tal afirmación son:

- Que la comunicación telefónica es un medio moderno de transmisión del pensamiento, eso de que es una modalidad de la libertad de expresión, afirman que si bien es cierto algunas constituciones sólo contienen la posibilidad expresa y como excepción la posibilidad de violar la correspondencia mediante autorización judicial y no dicen sobre la posibilidad de violar las comunicaciones telefónicas, eso se debe fundamentalmente a que al momento de redactar dichas constituciones no podían ser más específicas debido a que no existía el progreso técnico actual, y que no tiene ningún sentido el aceptar que exista la posibilidad de violar la comunicación escrita por razón de interés público, previa autorización del juez y que en las mismas condiciones no se pueda violar la comunicación oral.
- Que el Estado debe garantizar la libertad de comunicaciones pero que también debe intervenir ese derecho por medio de la ley cuando se halla de por medio la defensa social.

— Que si bien es cierto al escuchar las comunicaciones telefónicas se lesione el derecho a la intimidad de la expresión del pensamiento, también lo es de que la ley debe garantizar y proteger esos bienes jurídicos siempre y cuando no sean utilizados para perturbar el orden social.

Consideran de que efectivamente es deber del Estado el garantizar los derechos fundamentales y su obligación de proteger a la sociedad contra el mal empleo de los mismos y de que en la proporción y medida en que los modernos avances de la técnica sirvan de instrumento a la delincuencia es legítimo y necesario que los jueces cuenten con los medios igualmente idóneos para perseguirla y castigarla.

Por otro lado afirman los partidarios de esta posición que en ningún momento se pretende que mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas sea vulnerado el derecho de otras personas que no sea el imputado que por lo mismo el juez debe certificar y agregar a los actos, sólo aquellas declaraciones del imputado y que sean útiles para los fines del proceso debiendo destruir cualquier grabación que no cumpla con esos.

3. Posiciones doctrinarias en torno a la admisibilidad de la prueba ilícita

3.1. Teoría de la admisibilidad

Esta teoría con fundamento en la consideración del Derecho Procesal Penal como rama autónoma del Derecho, establece que el proceso penal posee criterios de valoración propios y diversos del derecho sustancial, basados en sus propias normas. Esta doctrina es influenciada por la concepción de Goldschmith sobre el proceso como “situación jurídica” sobre los actos bifuncionales:

Que plantea de que si existen actos que producen efectos en diversos ámbitos (sustancial y procesal) su valoración se realiza de conformidad con las normas que rigen cada uno de ellos, sin que la valoración negativa realizada en uno repercute necesariamente en el otro.⁽⁷⁸⁾

Por ejemplo, con relación a la actividad de búsqueda de prueba mediante registro domiciliario, que es un acto bifuncional, si el allanamiento se practicara

(78) MINVIELLO, *op. cit.*, p. 24.

por un sujeto particular o sin autorización judicial, no obstante el particular que realizare ese hecho debe ser sancionado conforme a la ley sustantiva por los delitos cometidos, pero si de ese allanamiento el particular obtiene algún medio de prueba que pueda ser utilizado en un proceso, ese medio de prueba debe aceptarse y el Juez no puede repudiar esa prueba, al menos que la ley procesal así lo establezca.

Para estos autores, en igual forma si se obtiene un medio de prueba a raíz de una confesión prestada mediante narcoanálisis, esas pruebas obtenidas son válidas porque debe existir —dicen— en equilibrio entre los intereses privados y las exigencias del proceso, y que ese equilibrio se encuentra en la reacción penal, civil o disciplinaria para el autor del ilícito y el mantenimiento de la prueba cuando la norma procesal no impone su rechazo.

3.2. Teoría de la inadmisibilidad

Esta teoría, parte de que en materia de prueba ilícita no se halla en juego un mero “interés privado” sino el interés público representado por el respeto a los derechos y garantías del hombre, la inadmisibilidad según esta posición se sustenta en los siguientes fundamentos:

La unidad del ordenamiento jurídico

Parte de que el concepto de ilicitud pertenece a la Teoría General del Derecho, por lo tanto debe conceptuarse como prueba ilícita toda aquella obtenida mediante violación de una norma de derecho, ya sea procesal, sustantiva, constitucional, legal o reglamentaria señalada en norma expresa o derivada de los principios generales.⁽⁷⁹⁾

En el proceso señalan, no debe triunfar el más habilidoso o el que tenga más poder en el proceso debe prevalecer el principio de lealtad, de legalidad y de respeto a la persona humana, por lo tanto la regla de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, constituye un principio general del derecho que se impone aún cuando no esté traducido en una norma procesal.

La afirmación anterior es aceptada parcialmente por la doctrina, ya que algunos consideran de que el rechazo de la prueba por el irrespeto a los principios de lealtad y de legalidad puede aceptarse como fundamento de la

(79) VESCOVI, *Previsas para la consideración del tema de la prueba ilícita*, citado por MINVIELLO, *op. cit.*, p. 26.

inadmisibilidad de la prueba irritual o bien de la prueba que se obtiene o incorpore con violación a prohibición expresa o tácita de la ley procesal, pero que no puede ser fundamento para la inadmisibilidad de la prueba ilícita ya que esta se obtiene extraprocesalmente por lo tanto la lesión del bien protegido opera fuera del proceso y que por lo tanto, la inadmisibilidad de la prueba ilícita o extraprocesal descansa en:

1. Los derechos Constitucionales expresa o implícitamente consagrados, constituyen derecho positivo e imperativa, vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial- y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso el medio probatorio obtenido extraprocesalmente con violación a tales derechos, el Juez debe rechazarlo por inadmisibile, sólo de esta forma se logra de que el derecho declarado en la Constitución se convierta en derecho garantizado.⁽⁸⁰⁾

– Sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho lícito.

La teoría de la inadmisibilidad procesal, no es excluyente de las sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho ilícito, aunque su efectividad como forma de garantía es dudosa por las siguientes razones:

Penal: Respecto a las sanciones penales debido a que muchas veces debido a la forma en que los hechos ocurren se hace muy difícil la concreta individualización del culpable.

Civil: Con relación a las sanciones civiles estas no son eficaces porque en la mayor de las veces la violación de los derechos constitucionales es ejecutado en contra de personas de muy escasos recursos, o sea personas que difícilmente van a contar con los medios económicos iniciar y seguir un proceso de resarcimiento de daños y perjuicios.

Disciplinario: Las sanciones disciplinarias tampoco pueden considerarse efectivas porque muchas veces los jefes de los cuerpos de seguridad e investigación comparten con los subalternos la utilización de la violencia y del irrespeto a la persona como medio para obtener pruebas o para dar con el culpable lo cual da como consecuencia de que para no frustrar el entusiasmo y la agresividad del personal no se apliquen sanciones disciplinarias o éstas sean mínimas.

(80) Más ampliamente, MINVIELLE, *op. cit.*, p. 38.

Por lo anterior, se considera de que una forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representada por la valoración mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad.

4. Consecuencias de la valoración procesal negativa la prueba ilícita

La prueba obtenida en violación a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, se ubica en cuanto a la actividad de valoración de los actos probatorios en el campo de la admisibilidad.

El juez debe en el acto de admisión, rechazar la prueba ilícita; pero si por error o por no aparecer su ilicitud en ese momento, llega a recibirla u ordenarla, tal resolución no es obstáculo para que en la sentencia revise su decisión y que como prueba ineficaz no lo conceda valor alguno.⁽⁸¹⁾

5. Problemática de la prueba derivada

Dentro de lo que se ha venido analizando se ha considerado la inadmisibilidad procesal de la prueba obtenida ilícitamente, ahora brevemente será tratado el problema de la inadmisibilidad procesal de la prueba derivada de la ilícita, que se denomina la doctrina de los “Frutos del árbol envenenado”. Se trata en este caso de establecer la posibilidad de apreciar como prueba ya no la prueba directa que ha implicado la violación constitucional (como sería por ejemplo la confesión forzada) sino los datos probatorios que se han podido conocer o coleccionar gracias a ella (como sería el descubrimiento de instrumentos, del delito, del lugar indicado en la confesión forzada o el secuestro del cuerpo del delito de hurto del domicilio registrado sin orden de allanamiento).

En cuanto a esto existen dos posiciones:

1. Hay quienes consideran que por prueba derivada de la ilícita debe entenderse exclusivamente la obtenida en forma directa de la prueba que a la vez fue obtenida ilícitamente, debe haber pues una dependencia inmediata y se excluye la obtenida en forma indirecta y la que igualmente se hubiera podido obtener mediante una actividad diversamente orientada.

(81) DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, citado por MINVIELLE, *op. cit.*, p. 42.

Por ejemplo los partidarios de esta posición consideran que los objetos hallados mediante un registro llevado a cabo por la policía extraprocesalmente, y sin cumplir con las formalidades que el orden jurídico dispone, son inadmisibles en juicio, pero consideran admisibles las declaraciones de los testigos, cuya individualización y ubicación se obtuvo gracias al regifitro ilícito que permitió el hallazgo de una "agenda" o "libreta con anotaciones".

2. Otros autores consideran en cambio, que toda prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre que sea consecuencia de esa violación es tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen.

Consideran de que por ejemplo, la eficacia de la garantía que prohíbe forzar la declaración del imputado no puede reducirse sólo a quitarle validez como prueba de confesión; a los dichos obtenidos por ese medio, sino que debe privarlos de cualquier otra prueba aún indirecta que de esa declaración pudo derivarse, de lo contrario reducir sólo a quitar la validez, a lo que el imputado deja, pero aprovechar esos dichos para lograr otras pruebas admitiendo a éstas como válidos, significa desnaturalizar la eficacia de la garantía, al punto de legalizar el fruto de su violación.

El juez considera debe rechazar toda prueba obtenida en relación de causa -efecto con la violación constitucional porque de lo contrario sería una forma encubierta de violar la garantía fundamental.⁽⁸²⁾

6. Violación de Garantía Constitucional de Buena Fe o por error

Se plantea por la doctrina que cuando se viole una garantía constitucional de buena fe o por error, y que mediante esa actividad se obtenga alguna prueba, ésta es igualmente inadmisibles, que el hecho de que se pueda tratar de un mero error puede eximir de responsabilidad penal al funcionario que practicó el acto, pues obró de buena fe, pero no puede admitirse como argumento para convalidarlo, porque justifica la violación a normas constitucionales porque ellas obedecen a errores materiales o se practiquen de buena fe, constituyen una interpretación peligrosa ya que la prueba obtenida mediante violación a norma constitucional debe rechazarse siendo indiferente el motivo de su vulneración.

(82) CAFFERATA NORES (José), *Los frutos del árbol envenenado*, *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, Año 9, No., julio-setiembre, 1986, p. 493.

Por ejemplo, el artículo 209 del Código de Procedimientos Penales con relación al allanamiento en su párrafo tercero expresa: "En este caso la orden será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado."⁽⁸³⁾

Como se puede notar, la orden debe señalar el lugar en donde el registro debe practicarse, si la autoridad policial solicita autorización para el allanamiento de la casa marcada con el número 55, y el juez la orden la extiende en atención a ese número pero resulta que el número correcto de la casa es 555 y no 55, el allanamiento practicado y las pruebas derivadas son inadmisibles para la doctrina dominante si bien es cierto, el funcionario debe ser eximido de responsabilidad penal porque actuó de esa manera por error, pero la prueba es inadmisibles porque formalmente se vulneró la inviolabilidad del dominio, ya que para la residencia allanada no se había extendido autorización alguna.

CONCLUSIONES

A través de la presente investigación podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- La actividad probatoria es fundamental para la consecución del fin principal de proceso penal; la averiguación de la verdad real o histórica.
- La prueba debe ser incorporada legalmente al proceso, de lo contrario devendría nula, además de que debe circunscribirse a los hechos acusados.
- Una parte de la doctrina no acepta la existencia en el proceso penal de cargas probatorias, basándose en los deberes de investigación de oficio de los sujetos procesales públicos, en la imparcialidad del Ministerio Público y en el principio de inocencia.
- Otra parte acepta que en el proceso penal se dan cargas probatorias, pero de una forma diferente que en el proceso civil, hace una división entre carga de la prueba en sentido formal y carga de la prueba en sentido material, afirmando que no se da en el proceso penal en el primer sentido, sí existiendo en el segundo, tesis a la que nos adherimos.
- En caso de duda sobre la concurrencia de una causa extintiva de la responsabilidad penal se debe absolver, pues para condenar es necesario llegar a un estado de certeza absoluta en cuanto a la existencia de todos los elementos del delito.

(83) CAFFERATA NORES, *Los frutos del árbol envenenado*, *op. cit.*, p. 494.

— La actividad probatoria se desarrolla de acuerdo a una serie de actividades procesales por parte de los sujetos que en ella participan, que se ha dividido en diferentes momentos, que va desde su producción, presentación y averiguación, hasta su valoración propiamente dicha.

En el presente trabajo intentamos detallar dichos momentos, sin entrar a considerar la valoración que no es objeto de nuestro estudio, resaltando el hecho de que, nos parece que la clasificación que se desarrolla con mejor técnica es probablemente, la de Devis Echandía, quien subdivide de una manera más clara y precisa, los diferentes momentos y submomentos de la actividad en mención.

Tanto la pertinencia como la utilidad, son criterios limitativos en materia probatoria, que utiliza el juzgador para discriminar la prueba que finalmente podrá entrar a figurar dentro del elenco fáctico-técnico inmerso en el proceso, que intenta la reconstrucción del hecho histórico acaecido y que desarrolla en aras de la búsqueda de la verdad real o material de éste.

No obstante, en el proceso penal se reconoce el principio de libertad de prueba a través del cual todo puede probarse y por cualquier medio. Existen algunas limitaciones que tienen su origen en bienes jurídicos de mayor valor de cuya violación surge la categoría procesal conocida como prueba prohibida.

La prueba prohibida es una categoría procesal general de la cual, se deducen cuatro sub-especies de prueba prohibida, éstas son: prueba prohibida en forma expresa, prueba cuya prohibición se deduce del sistema prueba irritual y prueba ilícita.

La prueba irritual tiene como característica particular de que en sí misma no es prohibida, es decir, su práctica es permitida por la ley, no obstante eso, su esencia radica en la inobservancia de normas procesales y de requisitos establecidos por la misma ley.

La intervención de las comunicaciones telefónicas constituyen una práctica fundamentada en ley ordinaria que en la mayor parte de legislaciones latinoamericanas contradicen principios constitucionales, tal es el caso de Guatemala y Costa Rica, en donde los respectivos Códigos de Procedimientos permiten la vulneración de la libertad de comunicación oral, mientras que las Constituciones Políticas respectivas garantizan ese derecho sin límites y sin excepciones.

La prueba ilícita tiene como característica de que no obstante no estar prohibida por ley procesal, su obtención se origina de la violación de una garantía procesal, lo que trae como consecuencia su valoración negativa.

La doctrina dominante sobre prueba ilícita se pronuncia sobre su no admisibilidad en proceso penal, esto parece ser lo más adecuado, ya que las normas constitucionales son derecho positivo que impide, vincula y limita los poderes del Estado, y sería contradictorio valorar la prueba obtenida mediante la violación de esos preceptos.

El criterio más acertado para asegurar las garantías fundamentales parece ser el de la no valoración de las pruebas obtenidas mediante la violación de dichas garantías, toda vez que la responsabilidad penal, civil y disciplinaria de quien cometa dicha violación parece inoperante y más aún cuando la violación de garantías fundamentales se realiza regularmente sobre personas de muy escasos recursos.

Los medios probatorios que se derivan de la prueba ilícita deben ser igualmente inadmitidos ya que son tan ilegales como la violación que les dio origen, de lo contrario, sería aprovechar los frutos de la violación de garantía constitucional, lo que es rechazado fundamentalmente en base a la teoría.

La ausencia de jurisprudencia sobre prueba ilícita que según los autores que tratan el tema existe en América Latina y tomando en cuenta que hablamos de un área en donde con muy pocas excepciones existe un real y efectivo régimen de derecho, no puede llevar a otra conclusión de que la inexistencia de jurisprudencia en ese sentido se debe al desinterés posiblemente no casual con el que se reviste dicho tema, siendo un medio más en manos del Estado para legitimar el atropello a los derechos del individuo.

BIBLIOGRAFIA

- BORJA OSORNO (Guillermo). *Derecho Procesal Penal*. Puebla, México. Editorial Cajica S.A., Tercera edición, 1985.
- CAFFERATA NORES (José). *La prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1986.
- CLARIA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Artes Gráficas, T. II, 1983.
- CASTILLO BARRANTES (Enrique). *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal*. San José, Editorial Colegio de Abogados, 1977.
- DEVIS ECHANDIA (Hernando). *Compendio de Pruebas Judiciales*. Santa Fe, Argentina. Editorial Rubinzal Colzoni, T. I., 1984.
- DORING (Erich). *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.
- ELLERO (Pietro). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. España. Editorial Reus, Séptima edición, 1980.
- FLORIAN (Eugenio). *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona, Editorial Bosch, 1934.

FRAMARINO DEI MALATESTA (Nicola). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis, Vol. I., 1973.

GUTIERREZ DE CABIEDES (Eduardo). *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona, España. Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974.

HERRERA (Luis Guillermo). *Oportunidades procesales para que el imputado ofrezca prueba en el proceso penal*. **Revista Judicial**. San José, año IV, No. 14, dic. 1979.

JIMENEZ ASENJO (Enrique). *Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II.

LLOBET (Javier). *Código de Procedimientos Penales Anotado*. Alajuela, Ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987.

MANZINI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, 1954.

MIN VIELLE (Bernardette). *La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina. Marcos Lerner, Editorial, 1987.

NUÑEZ (Ricardo). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado*. Argentina. Editorial Lerner, 1978.

ODERIGO (Manuel). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Ideas, T. I, 1952.

PARRA QUIJANO (Jairo). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá. Librería Profesional, Primera edición.

QUINTERO (Tiberio). *Práctica Forense Penal*. Colombia. Editorial Jurídica Wilchez, Segunda edición, T. III, 1982.

RAMIREZ (Mario). *Aspectos civiles de la Acción Resarcitoria*. **Revista Judicial**. San José, No. 12, junio de 1979.

RUBIANES (Carlos). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Depalma, T. II, 1977.

LA FILIACION Y EL DERECHO COMPARADO

Prof. José Miguel Rodríguez Zamora(*)

(*) Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Exdirector de la Escuela de Ciencias Políticas y de Postgrado (Maestría) de la misma Universidad. Sus publicaciones especializadas abarcan las áreas de la filosofía política y social, la epistemología de las ciencias sociales, la sociología de la religión y la filosofía del conocimiento.