

DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

*Licda. Tatiana Sánchez Sánchez
Licda. Suyen Vega Mena*

Resumen

El siguiente artículo aborda la voz como elemento de la identidad, el cual, ha sido reconocido como derecho hasta reciente data, es decir, este artículo expone uno de los llamados nuevos derechos de la personalidad, asimismo, se da a conocer el alcance que injerencias como la grabación auditiva tiene en este derecho y otros derechos de interés. Sirva este artículo para estar al tanto, además, de los requerimientos que la ley y la jurisprudencia demandan a fin de considerar una grabación subrepticia como lícita y apta para configurar prueba en el proceso penal costarricense.

Palabras clave

La voz, secreto de comunicaciones, intimidad, imitación, grabación subrepticia.

Abstract

The following article addresses the voice as the identity element that has recently been recognized as the right until recent data. So, this research presents a so-called "*new personality rights*". Therefore, it is disclosed the repercussions that intromissions like the hearing tape recording has in this right and other related ones. It is further intended, with this study, that the reader can get awareness of the law and the jurisprudence requirements in order to be considered a surreptitious recording as lawful and like admissible evidence in the Costa Rican criminal process.

Key words

The voice, secrecy of communications, privacy, imitation, surreptitious tape recording.

SUMARIO

- A. Planteamiento**
- B. Nociones generales de la voz**
- C. La voz como elemento identificador**
 - c.1. Factores que afectan la identificación por medio de la voz
 - c.1.1. Circunstancias que dependen del habla y del sujeto emisor
 - c.1.2. Circunstancias ajenas a la naturaleza del habla y del sujeto emisor
- D. Calificación jurídica de la voz**
- E. Legalidad de la imitación de voz (ces)**
- F. Las grabaciones en el proceso penal costarricense**
- G. La grabación de voz y su intrusión en derechos fundamentales**
- H. Legitimidad de las grabaciones subrepticias**
 - h.1. Grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado
 - h.2. Grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular
 - h.2.1. Grabación subrepticia realizada por un particular que participa de la conversación
 - h.2.2. Grabación subrepticia realizada por un particular ajeno a la conversación
- I. Reflexión final**
- J. Bibliografía**

DERECHO A LA VOZ Y SUS IMPLICACIONES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

*Licda. Tatiana Sánchez Sánchez
Licda. Suyen Vega Mena*

A. Planteamiento

En los diferentes ámbitos de la vida del ser humano, la influencia de los avances tecnológicos se hace presente. En consonancia con ello, el ser social hace que sea una necesidad constante hallar mejores maneras de comunicación, siendo la tecnología el principal aliado. Verbigracia, hace tan solo diez años atrás el fenómeno del teléfono móvil parecía ser más una ficción que una realidad próxima. Actualmente comunicarse por medio de un teléfono móvil, de una computadora o de una tableta electrónica, es parte de la cotidianidad. Aunado a esto, la incursión de diversas aplicaciones telefónicas hace que la dinámica entre interlocutores sea una cuestión cada vez más ágil, efectiva y, en algunos casos, hasta indispensable.

No obstante, el uso de instrumentos tecnológicos que facilitan la comunicación, también puede implicar una indebida

intromisión en la esfera privada de las personas. La verdadera cuestión es que los diferentes medios de comunicación tienen varias caras, si bien pueden ser utilizados para mejorar la dinámica de relación entre los seres humanos, también pueden ser utilizados en detrimento de derechos fundamentales e incluso son aprovechados por la criminalidad como puente para delinquir. Por lo tanto, este artículo reconoce la voz como derecho y analiza la legalidad de la grabación auditiva en el sistema penal costarricense.

B. Nociones generales de la voz

Para lograr actividades cotidianas como una conversación, el ser humano debe utilizar un buen número de habilidades cognitivas y fisiológicas. El lenguaje y el habla¹ constituyen los mecanismos por los cuales se logra establecer vínculos comunicativos. Más puntualmente, la voz forma parte de un

1 Para Saussure el lenguaje comprende dos aspectos: la lengua y el habla. *La lengua es un producto social de la facultad del lenguaje y un conjunto de convenciones adoptadas por una comunidad para hacer posible la comunicación, es decir, un código en el que se produce una correspondencia entre imágenes acústicas y conceptos. El habla es la utilización de esa lengua por parte de los individuos, esto es, la realización concreta de la lengua en un lugar y en un momento determinados, por cada uno de los miembros de la colectividad lingüística.* DELGADO ROMERO Carlos, *La identificación de locutores en el ámbito Forense*, Memoria presentada para optar por el título de Doctorado, España, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 2001,p.114.

conglomerado más amplio denominado sonido² y la ciencia encargada del estudio del sonido es la acústica.³ Para que esta particular y útil herramienta del ser humano pueda cumplir con su función comunicativa debe ser asociada con el lenguaje.

Ahora bien, para que la voz logre ese vínculo comunicativo necesita ser primeramente producida y articulada. En otras palabras para que la voz sea entendida como habla requiere de la funcionalidad de estructuras orgánicas, que en su conjunto forman el denominado aparato fonador. Valga decir que, como todo lo que sucede en el organismo fisiológico, la emisión del habla o de la voz es un proceso bastante complejo, CELIS HERRERA concuerda en dividir el aparato fonador en *tres grandes partes*: las *cavidades infraglóticas*, *cavidad glótica* y las *cavidades supraglóticas*. La primera parte compuesta por: el *diafragma*, *pulmones*, *tráquea*, *bronquios*. La segunda por: la *laringe*. La tercera parte comprende la *faringea*, *nasal*, *labial* y *bucal*.⁴

La cavidad infraglótica es la encargada de inspirar y expirar el aire requerido para la producción de la voz, en la segunda cavidad, como se dijo, se encuentra la laringe la cual contiene dos tendones *responsables de la producción y clasificación del material fónico*: las cuerdas vocales. Si las cuerdas se aproximan y comienzan a vibrar se origina el sonido articulado sonoro; si por el contrario solamente se acercan pero no vibran, originarán el sonido articulado sordo.⁵ La tercera cavidad está constituida por elementos móviles que hacen posible la producción de sonidos orales articulados, a excepción de *la cavidad nasal que juega un papel pasivo en la producción del habla*. Sin embargo, *las fosas nasales junto con la faringe y la cavidad bucal, constituyen la caja de resonancia*. Según la forma y posición de la lengua el timbre del sonido será diferente y junto con los dientes, la úvula y los labios se encarga de hacer posible el entendimiento de esos sonidos orales, es decir, de la articulación.⁶

-
- 2 De forma completa, DELGADO indica que: *"Existen multitud de posibles definiciones del sonido. En general, se puede decir que hablar de sonido es hablar de las vibraciones o movimientos recurrentes de un cuerpo - moléculas de aire por ejemplo - dentro de un medio de transmisión elástico. De esta definición, se deduce claramente que el sonido es un fenómeno mecánico, y como tal, requiere de masa y elasticidad para producirse. [...]También puede ocurrir que una emisión sonora no sea percibida, aun ante la existencia de un medio elástico de transmisión. Todos conocemos los silbatos que emiten sonidos para dar órdenes a ciertos animales, que sin embargo no son perceptibles para el oído humano. En estos casos, donde sí se produce la transmisión de las vibraciones aunque éstas no llegan a ser percibidas como una sensación por nuestro cerebro, estaríamos ante los denominados ultrasonidos o infrasonidos; es decir, aquellas recurrencias de presión o frecuencias sonoras que están por encima o debajo del umbral de audición del oído humano.* Ibidem, pp.9-10.
- 3 DELGADO ROMERO identifica la **acústica** como la ciencia del sonido, incluyendo su producción, propagación, recepción, percepción y sus posibles efectos sobre la materia. La acústica forma parte de la física clásica, concretamente de la mecánica, y dentro de ésta, de la dinámica. Ibidem, p.9.
- 4 CELIS HERRERA Pablo Alejandro, *Descripción de los métodos utilizados en reconocimiento forense de locutores y su implementación en Chile*, Tesis para optar por título de Ingeniero Civil Acústico, Chile, Facultad de Ciencias de la Ingeniería, Universidad Austral de Chile, 2009. pp.19-20.
- 5 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.30.
- 6 CELIS HERRERA. Op. Cit., pp. 20-21.

C. La voz como elemento identificador

Actualmente se reconoce la voz como parte de la identidad y un importante rasgo biométrico que como tal colabora como medio de identificación. El uso de la voz como elemento identificador data desde hace varios siglos, pero su estudio, su técnica y sus métodos de evaluación están todavía en proceso de investigación y por ende, en constante evolución. No por ello, se ha dejado pausada la aplicación de la voz como elemento identificador, todo lo contrario, los laboratorios forenses más avanzados del mundo, desde hace tiempo, adoptaron técnicas y equipos de punta para utilizar la voz y sonido como medio de identificación.

Varios científicos han indagado en los posibles componentes individualizantes de la voz, como se verá, las conclusiones a las que ha llegado la comunidad científica referenciada apunta a que la voz concentra características diferenciadoras, pero también hacen saber que en dichas características deben considerarse ciertos matices. Por ahora, téngase presente que las particularidades que suministra la voz para su identificación forense, al parecer, no

llegan a ser tan certeras como las ofrecidas por el perfil genético o por la huella dactilar, como advertencia de la existencia de escollos en las características individualizantes de la voz, se introduce la siguiente cita:

*“Naturalmente hemos visto que hay muchas maneras de pronunciar y que nunca se producen dos sonidos exactamente iguales. Teóricamente existen tantas maneras de hablar como personas se expresan en una lengua e incluso el número de alófonos que puede emitir una misma persona es infinito. Precisamente, la imposibilidad de que un emisor produzca dos actos de habla idénticos es uno de los factores que confiere una especial dificultad a las tareas de identificación del locutor.”*⁷

Ahora bien, los componentes de la voz que logran establecer parámetros de identificación tienen que ver con cuestiones tanto de comportamiento como fisiológicas. Es por esta razón que algunos autores han descrito la voz como un caso particular de rasgo biométrico.⁸ Los componentes relativos al comportamiento son los *hábitos lingüísticos, la entonación de las frases, dialecto, educación*.⁹ Los componentes fisiológicos por su parte, configuran un largo listado.¹⁰

7 DELGADO ROMERO.Op. Cit., p.123.

8 ARÉVALO GONZÁLEZ Eugenio, *Reconocimiento Automático de Locutor en Entornos Forenses basado en Técnicas de Factor Analysis aplicadas a Nivel Acústico*, Tesis para optar por título en Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2011. p. 8.

9 En este sentido, HARRIERO CASTRO Alberto, *Fiabilidad en sistemas forenses de reconocimiento automático de locutor explotando la calidad de la señal de voz*, Tesis para optar por título de Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010. p.11 y ARÉVALO GONZÁLEZ.Op. Cit., p.28.

10 “[...] podemos concluir que los parámetros influyentes en la identidad del locutor son: Fuente vocal: El tono medio. / El patrón tiempo-frecuencia del tono (curva de tono). /La fluctuación de la frecuencia fundamental. /La fluctuación de la energía de la fuente glotal. /La forma de onda glotal. / Tracto vocal: La longitud del tracto vocal. /La forma de la envolvente espectral y la inclinación espectral. /Las diferencias relativas en la amplitud de los formantes. /Los valores absolutos de las frecuencias de los formantes. /Distancia entre formantes. /El patrón tiempo-frecuencia de las frecuencias de los formantes (trayectorias de los formantes). /El ancho de banda de los formantes. /El espectro medio (LTAS, Long Time Average Spectrum).” GUTIÉRREZ ARRIOLA Juana María, *Síntesis Multilocutor aplicando técnicas de conversión de hablante*, Tesis para obtener título de Doctorado en Ingeniería Electrónica, España, Escuela Técnica Superior de Ingenieros en Telecomunicación, Universidad Politécnica de Madrid, 2008. pp. 6-7.

A *grosso modo*, puede indicarse que cada componente del aparato fonador constituye un verdadero elemento individualizante. *La naturaleza de cada acto de habla tendrá una dependencia crítica de la configuración fisiológica que posean las cavidades resonantes del tracto vocal de cada individuo, tanto desde un punto de vista anatómico como articulatorio.*¹¹

Según la anatomía de las cavidades que forman el aparato fonador y, dependiendo de cómo se encuentran articulados esos órganos, así se tendrán diferentes particularidades de la voz. La frecuencia en el fundamental, la producción de sonidos sordos y sonoros, el timbre y tono de la voz dependen de lo anteriormente dicho y son, a la vez, los datos que permiten identificar la voz de un individuo. La frecuencia fundamental, por ejemplo, *viene determinada por la frecuencia de la vibración de las cuerdas vocales, y es la responsable del tono del habla en cada individuo.*¹² La frecuencia fundamental se representa con el signo F0, el cual refiere el número de vibraciones por segundo de las cuerdas vocales. Dicha frecuencia, se relaciona con el tono de voz, así, *si el tono es grave la frecuencia es baja y cuando es agudo la frecuencia es alta.*¹³

Las cuerdas vocales, son una estructura básica en la formación de los diferentes elementos individualizantes, entre ellos los sonidos sonoros y sordos. Por su parte, los **sonidos sonoros** *presentan un carácter pseudoperiódico y son producidos*

*por la vibración de las curvas vocales en tensión,*¹⁴ *mientras que los sonidos sordos son de apariencia ruidosa y se producen por el paso libre del flujo de aire a través de las cuerdas vocales en estado de relajación. Se forman –los sonidos sordos– con la generación de diferentes sonidos en función de la articulación empleada, como por ejemplo los sonidos fricativos (/f/, /s/, /z/).*¹⁵

Entonces, el contraste entre fonemas sordos y sonoros también constituye un elemento de identificación de la voz distinguible en equipos especializados de análisis de voz, conocidos popularmente como análisis de espectrogramas. Como se viene diciendo, cada estructura del aparato fonador proporciona una distinción en la voz, así *el resonador en función de sus características físicas –dimensión, forma, elasticidad, composición– poseerá una frecuencia natural de resonancia y será el máximo responsable en la formación del timbre característico de cada sonido. Sonidos de la misma intensidad y tono serán percibidos con timbres distintos en función de la caja de resonancia que los haya albergado.*¹⁶ De manera que el timbre también juega un papel importante en la individualización de la voz en este tipo de estudios.

c.1. Factores que afectan la identificación por medio de la voz

Ahora es momento de centrar la atención en los principales factores que afectan

11 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.42

12 HARRIERO CASTRO. Op. Cit., p.14.

13 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.21.

14 PÉREZ GÓMEZ Sergio, *Análisis y compensación de variabilidad de la señal de voz en sistemas automáticos de verificación de locutor utilizando información de duración y calidad*, Tesis para optar por título de Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010.p.16.

15 Ibídem, p.17.

16 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.47

los componentes individualizantes atrás mencionados (frecuencia fundamental, la producción de sonidos sordos y sonoros, el timbre y tono). Para esto, se ha preferido traer a colación la clasificación que hace CELIS HERRERA, quien ordena esos factores en dos circunstancias, a saber, las que dependen de la naturaleza del habla y del sujeto emisor, y las que no dependen ni del habla y ni del sujeto emisor.

c.1.1. Circunstancias que dependen del habla y del sujeto emisor

Una persona puede alcanzar, con el pasar de los años, diferentes tonalidades en su voz, por lo que los expertos indican que la contemporaneidad constituye un factor importante que afecta la identificación de la voz. Efectivamente, la voz varía dependiendo de la edad de la persona, específicamente el cambio sucede en la frecuencia fundamental. Para el autor de comentario, *es apreciable al oído de cualquier persona el cambio que ocurre en la voz de un sujeto a medida que transcurre el tiempo, la voz de una persona que tiene 10 años, es muy diferente cuando la misma tiene 16 años y más aún cuando tiene 30 años, o sea, esta variabilidad será mayor, mientras mayor sea el tamaño del intervalo temporal.*¹⁷

Cuando se pretenda la identificación por medio de la voz, además de la contemporaneidad, otro factor que deberá considerarse son las posibles alteraciones en los procesos y órganos de fonación.

DELGADO opina que este factor es bastante *atípico o excepcional y que por ser este carácter extraordinario confiere a estas emisiones de voz afectadas, un elevado grado de especificidad o individualización y, un altísimo interés desde el punto de vista identificativo.*¹⁸ Es decir, lejos de truncar una plausible identificación, este factor más bien propiciaría un alto grado de probabilidad de individualización de la voz. También se agrupan en esta sub-clasificación, los cambios en la voz producidos por problemas en la *dentadura, tumores, catarros, procesos inflamatorios, temblor temporal, cambios emocionales, entre otros.*¹⁹ Este último tipo de alteraciones son las que podrían flaquear una certera identificación, porque en cuestión de semanas, la mayoría, desaparecen.

Las vocalizaciones o habla forzada²⁰ y las alteraciones producidas por el esfuerzo físico²¹ también configuran elementos que afectan la individualización por medio de la voz. Otro factor que afecta este tipo de identificación son los agentes químicos como medicamentos, cigarrillos, alcohol, drogas, etc. El uso de alcohol, por ejemplo, hace *que la duración glotal*²² *sea mayor, las pausas sean más largas y haya más interrupciones.*²³

c.1.2. Circunstancias ajenas a la naturaleza del habla y del sujeto emisor

Este tipo de circunstancias se refieren a las variaciones producidas por interferencias, o problemas con los soportes magnéticos o los

17 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.30.

18 DELGADO ROMERO. Op. Cit., p.61.

19 CELIS HERRERA. Op. Cit., p.31.

20 Realizar sonidos con caracterizaciones de animales o instrumentos.

21 Hablar mientras se eleva objetos pesados.

22 La forma de la onda glotal puede referir el *tono, duración, pausas del habla.* GUTIÉRREZ ARRIOLA. Op. Cit., p.8

23 GIL Juana, *Voz e identidad*, Comunicación presentada en XXXI Congreso Internacional de AESLA. Tenerife, 2001. p. 14.

canales de transmisión, es decir, la certeza en la individualización por medio de la voz puede verse afectada por obstrucciones en el mecanismo de comunicación de los interlocutores el cual bien puede ser por un medio telefónico o microfónico.

Pese a que los componentes de individualización son variados por las circunstancias antes descritas y, por ende, no se puede fijar con absoluta certeza la identidad de un individuo por medio de su voz, esta sigue siendo una característica propia de la identidad y un verdadero rasgo biométrico que mediante instrumentos técnicos puede establecer, en términos de probabilidad, la identidad de un individuo. Varios son los autores que afirman la voz como elemento identificador, entre ellos JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS que defienden la voz como *manifestación directa e i* encuadrarla dentro de los derechos de la personalidad.²⁴

Calificación jurídica de la voz

La voz es parte constitutiva de la identidad, por lo que varios autores, han optado por encuadrarla dentro de los derechos de la personalidad²⁵. Así, dentro de este encuadre, la voz constituye un verdadero derecho autónomo. Actualmente se habla con gran solidez de la existencia del derecho a la imagen, del derecho al honor, y otros derechos conexos, esto porque desde hace

ya algún tiempo la sociedad y la ciencia jurídica entendió la necesidad de brindar protección a esos componentes en tanto forman parte inherente del ser humano y, que la intromisión irracional y desproporcional – especialmente por parte del Estado- ponía en riesgo su preservación. En el caso de la voz, aunque los estudios sobre su capacidad como medio de identificación datan desde varias décadas atrás, es hasta ahora con la incursión de nuevos y mejorados aparatos para su captación y eventual manipulación que se cae en cuenta que la voz también forma parte de la identidad del individuo y merece igual protección que aquellos afianzados derechos.

Valga este artículo para abogar por el reconocimiento de la voz como derecho autónomo, ya que, dicho reconocimiento permite amparar de manera integral las variadas injerencias que podría tener en la vida privada de las personas el uso de la voz ajena.²⁶ Un sistema judicial trunca todo intento de garantizar la esfera privada –mínima- de las personas si no incluye en su ordenamiento jurídico los suficientes mecanismos de protección de la voz y/o las comunicaciones. Reconocer el derecho a la propia voz como un derecho independiente permite *conceder a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan.*²⁷

24 JUANATEY DORADO Carmen, DOVAL PAIS Antonio, «Límites de la protección penal de la intimidad», *La protección jurídica de la intimidad*, Lustel, 2010, pp.127-128.

25 "No hay razón para negar a la voz, como proyección de la personalidad, la misma tutela que se otorga a la imagen". PÉREZ VARGAS Víctor, *Derecho Privado*, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 4ª ed., 2013. p.188.

26 Hay quienes cuestionan la tesis de que la voz constituye un derecho autónomo, principalmente, por considerarlo un medio ajeno a la identidad, así estos opositores colocan a la voz como un componente dependiente de la imagen y de la intimidad, cuestión que no se comparte, porque en primera instancia, como se vio, la voz ofrece suficientes elementos para considerarla parte del individuo, mejor dicho, es un rasgo biométrico que como tal permite la identidad y, en segundo término, supeditar el derecho a la voz como derecho dependiente hace que la tutela de la voz esté condicionada a la protección que un ordenamiento brinde a la imagen y la intimidad.

27 ROSELLÓ MANZANO Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011, p.66

Cabe anotar que, no debe disimularse la desprotección del derecho a la voz con la protección de otros derechos paralelos como el de propiedad intelectual o derecho de autor. En este sentido, una ley de protección a la propiedad intelectual y derecho de autor resulta insuficiente para la defensaintegral del derecho a la voz. Ciertamente, la voz es la herramienta que permite, por lo general, enlazar una obra oral a un determinado sujeto, sin embargo, lo que garantiza el derecho de propiedad intelectual no es la voz propiamente sino el contenido intelectual o artístico de la obra. En otras palabras, es plausible que la lesión al derecho de autor de una obra oral también lesione el derecho a la voz, sin embargo, la protección que brinda dicha ley no contempla el resguardo al derecho a la voz como derecho autónomo.²⁸

El abogar por el reconocimiento de la voz como derecho autónomo implica deslindarlo

de otros derechos conexos como el derecho a la imagen y el derecho a la intimidad y, aunque la afectación del derecho a la imagen o el derecho a la voz puede finiquitar en una lesión directa a la intimidad, debe contemplarse que ninguno de estos derechos, *per se*, protege al otro.²⁹ La posible relación entre estos derechos responde a que la voz y la imagen se aprecian como elementos materiales de la intimidad, de este modo, al mismo tiempo que el artículo 24 de la C.Pol.³⁰ resguarda el derecho a la intimidad también cobija tanto el derecho de la imagen, como el derecho a la voz.

Más específicamente, en el caso de la imagen, se puede rescatar la existencia de algunas leyes como L.P.F.F.T.D.P,³¹ la L.R.A.J³² y la L.S.N.A³³ que limitan el uso de la fotografía en los registros y archivos judiciales, además de los artículos 47 y 48³⁴ del C.C³⁵ que buscan el amparo de la imagen

28 Para resaltar el paralelismo que puede haber entre estos derechos, considérese las palabras de ROSELLÓ MANZANO: “[...] la grabación no autorizada de la conferencia de un profesor universitario, su transcripción literal y su posterior publicación y venta de ejemplares al público, en los que aparece como autor quien ha hecho todo esto, puede ser un supuesto perfectamente real en el que tanto la violación del derecho de la personalidad a la propia voz con su grabación, como de los derechos morales y patrimoniales del autor con la publicación y la venta, están presentes”.Ibidem.

29 Al respecto, ROSELLÓ MANZANO expresa que: “Al igual que en su día sucedió con la imagen, debe aceptarse que la grabación y emisión de la voz de una persona sin previa autorización, casi siempre es también una violación al derecho a la intimidad, pero perfectamente lo grabado o emitido puede no versar sobre los aspectos íntimos de la vida de quien habla, o de su familia, y no por ello deja de ser lesivo. Igual que sucede con la imagen la voz tiene también una vertiente patrimonial, y una amplia utilización en publicidad, no siempre acompañada de la imagen: en algunos casos, como los anuncios radiales, la voz y otros sonidos son los únicos componentes del anuncio.” ROSELLÓ MANZANO. Op. Cit., pp. 64-65.

30 Constitución Política de Costa Rica.

31 Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

32 Ley de Registro y Archivos Judiciales.

33 Ley del Sistema Nacional de Archivos Judiciales.

34 Artículo 47 del CC. *La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.*

Artículo 48 del CC. *Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo anterior, aquella puede solicitarle al Juez como medida cautelar sin recursos, suspender la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva. Igual medida podrán solicitar la persona directamente afectada, sus representantes o grupos de interés acreditados, en el caso de imagen o fotografías que estereotipen actitudes discriminantes.*

35 Código Civil de Costa Rica.

como derecho fundamental. La existencia de esta normativa hace notar el patrocinio de la imagen como derecho autónomo, sin embargo, valga denunciar que, en el caso costarricense, el amparo de la imagen todavía no es íntegro, verbigracia de lo anterior resulta ser el uso de las cámaras de video-vigilancia, ya que, la única normativa que dedica su objeto a regular la instalación y operación del sistema de video-vigilancia³⁶ es el Decreto N°. 34104-G-MSP,³⁷ es decir, es por vía de reglamento y no por ley que se está regulando la intromisión a un derecho fundamental, lo que a todas luces, atenta el principio de reserva de ley.

Por otro lado, en el cuidado y reconocimiento de la voz como derecho también podría afirmarse cierta parquedad, pero, a diferencia de la imagen, aquí la intervención está regulada por ley.³⁸ Al parecer, la escasez normativa del derecho a la voz se encuentra más acentuada en otros ámbitos del Derecho, pues, la Ley N°7425³⁹ no aplica para casos que no sean penales, de manera que la afectación a

este derecho es bastante perceptible en la regulación civil, familiar, laboral entre otras materias. Solo por mencionar un ejemplo, los artículos 412 y 368⁴⁰ del C.P.C⁴¹ posibilita a las partes aportar comunicaciones telefónicas siempre y cuando se observen las leyes y reglamentos respectivos, pero, no habiendo ni ley ni reglamento en ese sentido, la participación de grabaciones en este ámbito judicial, resulta irregular.

Frente a todo esto, vale salvar la existencia del artículo 198⁴² del C.P⁴³ que sanciona con pena privativa de libertad a quien grabe la voz de otro sin previamente contar con su consentimiento –con excepción de los casos que la Ley N°7425 autoriza realizar sin necesidad de contar con la aprobación de quien será, secretamente, grabado-. Así, aunque todavía no pueda afirmarse que el ordenamiento patrio reconoce la autonomía del derecho a la voz, el sistema penal costarricense, mediante otras vías, hace posible la protección de este derecho.

36 Artículo 1 del decreto 34104-G-MSP. *Acerca del objeto /"Este Reglamento tiene por objeto regular la instalación y operación de un sistema de vigilancia de las calles, avenidas, carreteras y caminos, en todo el territorio nacional, mediante una serie de dispositivos e instrumentos tecnológicos, especialmente confeccionados para este propósito; y el uso de las grabaciones o videos que se hagan mediante tales dispositivos. El sistema de vigilancia a que se refiere el presente Reglamento viene a incrementar las medidas de seguridad ciudadana tendientes a la protección de la integridad física y el patrimonio de los habitantes del país".*

37 Decreto Ejecutivo N° 34104-G-MSP del 17 de octubre del 2007. Publicado en La Gaceta N°. 228 27-11-2007.

38 Ley 7425. *Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.*

39 Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

40 Artículo 412 del CPC. *Reproducciones. /De oficio o a petición de parte, el juez podrá ordenar la práctica de calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, documentos y lugares. /También, podrá ordenarse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicas, bacteriológicos y otros, y, en general, cualquier prueba científica. /Podrán aportarse también comunicaciones telegráficas, radiográficas, telefónicas y cablegráficas, siempre que se hayan observado las leyes y los reglamentos respectivos.*

41 Código Procesal Civil de Costa Rica.

42 Artículo 198 del C.P. *Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien grabe sin su consentimiento, las palabras de otro u otros, no destinadas al público o que, mediante procedimientos técnicos, escuche manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, excepto lo previsto en la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. La misma pena se impondrá a quien instale aparatos, instrumentos, o sus partes, con el fin de interceptar o impedir las comunicaciones orales o escritas, logren o no su propósito. / (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994).*

43 Código Penal de Costa Rica.

Vale rescatar que el afectado podría presentar un recurso de amparo, o un proceso indemnizatorio en la vía civil si la lesión al mencionado derecho a la voz acarrea una violación a su derecho de la intimidad, que incluso llegue a alcanzar los derechos patrimoniales del agraviado. Por otro lado, si tratándose de un proceso penal se pretendiere aportar como prueba la captación de una voz que no hubiese cumplido con los requisitos legales, esa grabación tendrá que ser inadmisibile, esa es la sanción coherente con el reconocimiento de la voz como derecho autónomo.

E. Legalidad de la imitación de voz (ces)

Hay quienes tienen la habilidad de imitar con facilidad la voz de otra persona. Así la imitación puede servir como medio para divertir y hacer que la información llegue a su punto desde otra perspectiva, quizás, si se puede decir, más jocosa⁴⁴ o, lamentablemente, puede ser utilizada por algunos para realizar actividades tendientes a la criminalidad o en fin, que atentan contra los derechos fundamentales de otros. Siendo el derecho a la voz el tema que nos ocupa, sirvan algunas líneas de este artículo para excluir la imitación como causa que lesiona aquel mencionado derecho.

Si la imitación tiene una finalidad no conforme con la buena fe puede llegar a atentar contra otros derechos cuando induce a error. Un imitador –que podría denominarse profesional- no actúa conforme

a las buenas prácticas de una sociedad, si utiliza su arte para cometer un delito por ejemplo: amenaza haciendo que su voz parezca la de otra persona que la víctima puede identificar porque lo conoce, cuando *difunde la interpretación imitadora como si fuera de la persona a la que imita*,⁴⁵ o bien, cuando de su imitación se cause un perjuicio grosero a los derechos más elementales de la persona imitada. Ahora bien, a pesar de que dichos actos sean reprochables por transgredir bienes jurídicos y, claro, puedan ser sancionados por las vías procedentes, estos no perjudican el derecho de la voz.

El *imitado* no podría reclamar una vulneración al derecho de la voz, pues, no es su voz la que el imitador proyecta. De manera que, es criterio de estas autoras que, la imitación no lesiona el derecho a la voz, lo cual, deja a salvo no solo a aquellos imitadores de obras musicales, sino también a los imitadores “cómicos” de personas notorias, entre ellas: celebridades, futbolistas, presentadores, etc. o de personas que por la función pública que desempeñan son susceptibles a la crítica y al choteo, comprendiendo aquí a los miembros de los poderes del Estado. Y es que, además de que la voz del imitado no es la proyectada, quien escucha un programa radial o televisivo donde es conocido que los conductores ejercen el oficio de la imitación sabe que esa voz es un remedo, así que tampoco se estaría ante un engaño, de todas maneras, los imitadores/protagonistas de esos programas antes o después de realizar un “*show*” se presentan –haciendo saber su identidad- es decir, no inducen a error al oyente.

44 En este sentido, se resalta que la imitación como forma de choteo es ya parte de la idiosincrasia costarricense.

45 ROSELLÓ MANZANO. Op. Cit., p. 66.

Así las cosas, puede afirmarse que el *arte* de imitar no encuentra como óbice legal al menos en cuanto a este “nuevo” derecho. Lo anterior sin perjuicio de que, si la persona imitada entendiéndose que la forma y/o contenido de la imitación puede dañar su derecho al honor, derecho a la imagen o incluso su derecho a la intimidad, pueda, mediante los medios procesales oportunos, hacer valer dichos derechos, pero, por ahora se rescata que a juicio de estas autoras, el derecho a la voz queda a salvo.

F. Las grabaciones en el proceso penal costarricense

En la actividad cotidiana del sistema de justicia penal costarricense, se utiliza el término cinta magnetofónica para referir a un *tipo de medio o soporte de almacenamiento de datos que se graba en pistas sobre una banda plástica con un material magnetizado, generalmente óxido de hierro o algún cromato. El tipo de información que se puede almacenar en las cintas magnéticas es variado, como video, audio y datos.*⁴⁶ Debe aclararse que, debido al continuo avance en los soportes de almacenamiento, la cinta magnetofónica es un soporte desactualizado, actualmente se utilizan grabaciones digitales, CD's o DVD's. La conversación entre particulares, una conferencia, un discurso y todas las formas de comunicación oral, configuran la materia prima de una grabación.

La grabación de voz y/o sonido puede devenir de una intromisión efectuada tanto por

particulares como por el Estado, ya sea, de manera legal o ilegal. Siempre que se cumplan los requisitos, la intervención telefónica es un medio lícito de intromisión a las comunicaciones, por ende, la grabación y posterior reproducción también resulta conforme a derecho. Para el sistema penal costarricense la cinta magnetofónica –término que utiliza la ley- es un documento privado, así lo expresa el artículo 1º de la Ley N°7425. Resulta interesante que, aunque la grabación sea el resultado material de una intervención telefónica -y recuérdese que una intervención telefónica solo puede fructificar bajo la investigación de ciertos delitos-, al estar prevista como documento privado en el artículo 1º de la ley comentada, puede ser interceptada en la investigación de cualquier delito.

Es el razonar de estas autoras que, si en la investigación de un delito diferente a los previstos por el artículo 9 de la Ley N°7425 se efectúa como parte de la investigación un allanamiento, por ejemplo, y tras el registro del lugar se encuentran grabaciones o/y cintas magnetofónicas que se sospechan contienen información relevante para el caso, el juez podría autorizar su registro, secuestro y examen, es decir, podrá interceptar el contenido de esas cintas, en virtud de que se trata de un documento privado.⁴⁷ Esta posibilidad resulta paradójica, ya que ¿Dónde queda el sentido de la norma 9 de la citada ley comentada, cuando en la investigación de cualquier delito puede escucharse las conversaciones capturadas en una cinta magnetofónica?

⁴⁶ ECURED, http://www.ecured.cu/index.php/Cinta_magn%C3%A9tica consultado el 3 abril del 2014.

⁴⁷ Esto no solo podría suceder en la práctica de un allanamiento, sino también en la práctica de otras diligencias como la requisita o la inspección y aunado a ello si se determinase que tarde o temprano las grabaciones serían obtenidas como un descubrimiento inevitable dichas grabaciones resultarían lícitas y utilizables por aplicación precisamente de la teoría del descubrimiento inevitable como excepción a la teoría del fruto del árbol envenenado.

Bajo los términos restrictivos de afectación de derechos fundamentales, cabe preguntarse, ¿Existe diferente grado de intromisión en los derechos fundamentales si se escucha una conversación en el mismo momento en que la misma ocurre que si se escucha días, meses o años después? Al parecer de las autoras de este ensayo, la única diferencia es el momento en que se afecta el derecho, pero la afectación, en uno u otro caso, sigue siendo la misma. Un aspecto como este, tuvo que haber sido considerado en la creación de la Ley N°7425 y, de ser oportuna, haberse hecho la salvedad en alguno de esos artículos. No obstante, alienta que sea un juez de garantías el encargado de efectuar tanto la interceptación como la intervención, esto hace aplacar la inconsistencia entre el artículo 1 y 9 de la ley de rito respecto a las cintas magnetofónicas

G. La grabación de voz y su intrusión en derechos fundamentales

Una grabación puede acarrear la lesión a varios derechos fundamentales, a saber: el derecho a la voz, del cual ya se habló, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Valga apreciar que, frente a una infracción del derecho a la voz y, dependiendo del *modus operandi* en el que dicha lesión se haya suscitado, puede asimismo violentar tanto el secreto de las comunicaciones como la intimidad, o bien, también el detrimento del

derecho al secreto de las comunicaciones puede incurrir en una lesión al derecho a la intimidad. Esta relación debe considerarse, pero, aunque la Constitución costarricense haya encuadrado en un mismo artículo el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto a las comunicaciones, deben ser entendidos como derechos independientes.⁴⁸

Al respecto, puede afirmarse que la distinción entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones fue acentuada por el legislador al establecer diferentes mecanismos para la intervención lícita de uno u otro derecho, pero, en realidad la diferencia sigue siendo bastante tenue debido a su fuerte relación. Hablando aquí de la diferencia, puede pensarse primeramente que para la intervención de comunicaciones –una modalidad de intromisión al secreto de las comunicaciones- el legislador ha creado una ley especial y, aunque debe anotarse que mediante la creación de otras leyes como la L.P.P.F.T.D.P por mencionar alguna, también se resguarda la esfera íntima de las personas, a diferencia de lo que acontece con el derecho al secreto de las comunicaciones, la lesión de todos los aspectos catalogados como íntimos no siempre requieren de autorización jurisdiccional o ser interferidos únicamente por el juez.

Piénsese en algunos medios probatorios donde a la policía administrativa le es permitido legalmente irrumpir en la esfera íntima de la persona. El registro vehicular, la requisita son ejemplos de esto. Puede

48 Hablando del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS resaltan una sentencia española que destaca que estos derechos son diferentes. Estos autores expresan: “*el Tribunal Constitucional establece una clara distinción entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad (entendido este último en sentido restrictivo: no todo lo que se dice o hace en un ámbito privado afecta a la esfera de la intimidad –por ejemplo, una carta privada o una conversación puede no contener referencia a circunstancias íntimas-)*.” JUANATEY DORADO Y DOVAL PAIS. Op.Cit., p.133.

añadirse también el uso de la fotografía en la reseña judicial, ya que, para su obtención y posterior inclusión en la base de datos mantenida por el Archivo Criminal no se requiere ni de previa autorización judicial, ni que sea realizada personalmente por el juez. Y es que, a pesar de que estos medios pueden ocasionar injerencias en el derecho a la intimidad, la creación de otras leyes y los requisitos mínimos previstos permiten dar la protección necesaria a este derecho. Puede afirmarse que, más bien, la ausencia del encargo jurisdiccional para estos medios probatorios propicia un proceso penal más expedito.

En síntesis, aunque encuentren puntos de fusión, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones son derechos independientes. Pero para determinar en cuáles circunstancias una grabación podría violentar alguno de estos derechos es necesario conocer qué comprende cada uno de ellos. La intimidad, según la jurisprudencia constitucional *está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma*

*persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito.*⁴⁹

Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, la Sala Tercera expresa que *se refiere a la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República, con lo cual, es evidente, que dicho derecho se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada con independencia de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación.*⁵⁰ El Tribunal Constitucional Español, exterioriza que este derecho *no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsables.*⁵¹

De lo dicho hasta ahora, puede concluirse que hay aspectos de la vida personal y social de una persona que tienen carácter privado más no íntimo. En este sentido, podría asegurarse que, existen comunicaciones, incluyendo las orales, que no contienen

49 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N° 6552-2003, a las quince horas dieciséis minutos del ocho de julio del dos mil tres, citado por TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce. El derecho a la intimidad comprende, también, el almacenamiento y tratamiento de la información constante en archivos y bases de datos. “[...] *la autodeterminación informativa es una ampliación del derecho a la intimidad y [...] su protección surge a partir del desarrollo de mecanismos informáticos y tecnológicos globales que manejan bases de datos que contienen información de las personas.*” SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°10790-2011, a las trece horas y veinticuatro minutos del doce de agosto del dos mil once. Importante tenerlo en consideración, ya que, en el apartado D de esta sección se retomará el derecho a la autodeterminación informativa.

50 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°16586-2007, a las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

51 JUANATEY DORADO. Op. Cit., p133.

datos íntimos de quienes participan en ellas ni de terceros ajenos a la conversación, sin embargo, esto no hace perder su carácter privado y por ende su protección. El resguardo de una comunicación vendría dado, no por contener cuestiones íntimas, sino por guardar el secreto de lo privado.⁵² Es por lo anterior que en algunos casos, como más adelante se verá, las grabaciones subrepticias son legales, eso sí, cuando cumplan con los requerimientos, pues, la grabación de una comunicación oral –la que interesa para este artículo- siempre debe entenderse como una intromisión al derecho al secreto de las comunicaciones y a este nuevo derecho de la voz, aunque, su contenido no tenga carácter íntimo.

No habría ninguna injerencia ilegítima en estos derechos si, quien escucha y realiza una grabación de una comunicación –ya sea que participe o no en ella- cuenta con el consentimiento de los interlocutores. Debe quedar claro que, siendo los derechos estudiados (la voz, el secreto de las comunicaciones y la intimidad)

personalísimos, quien debe dar el consentimiento es la persona física afectada por la injerencia, nunca una persona jurídica.⁵³ El consentimiento que brinda una persona para que su comunicación sea intervenida, registrada y luego difundida se le conoce como derechohabiente. Este consentimiento está establecido en el artículo 29 de la Ley N°7425, conforme se avanza en la lectura se conocerá más sobre este artículo.

Como dato de interés y a fin de hacer notar la necesidad de regular las intromisiones a derechos fundamentales se resalta lo dicho por el Tribunal de Trabajo del Segundo Circuito Judicial. Con lo dispuesto por este Tribunal se tiene que el consentimiento o derechohabiente atrás mencionado, no solo es aplicable para las intervenciones de comunicaciones orales, sino también es requisito para enmarcar como lícita la utilización de cámaras de video en los centros de trabajo. Según lo indica este Tribunal, se requiere la previa autorización de los trabajadores para considerar una filmación conforme a derecho.⁵⁴

52 Según el criterio de estas autoras, determinar si una comunicación es pública o privada no debe atender al número de personas que participan en la conversación, tampoco al contenido de la misma, sino al contexto en que se desarrolle y en caso de duda, el denotar una comunicación como pública o privada recae en la voluntad del emisor (res) o bien en los participantes de la misma, tratándose de una conversación. Si el contexto no responde a un acontecimiento público la comunicación, *per se*, debe ser considerada privada. En resumen, aunque el contenido de una comunicación puede importar para determinar su carácter íntimo, de ningún modo importa para determinar su carácter privado. “*El secreto es una faceta inherente a la comunicación que ya presentamos como una necesidad individual y de interrelación, porque si bien el hombre tiende a comunicar sus pensamientos, también se reserva una porción de ellos para sí mismo, o para algunas personas.*” CARBONE Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.p. 184.

53 “*Con respecto del consentimiento de la persona que hace la llamada para ser grabada, este aspecto solo puede ser reclamado por dicha persona, por infracción a un principio de intimidad, y no por la sociedad demandada quien no puede ser titular de un derecho personalísimo*” TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, San José, SentenciaN°272, a las catorce horas treinta minutos del dieciocho de julio del dos mil doce.

54 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce, al respecto dice: “*Por otra parte, queda como demostrado que al actor nunca se le pidió su autorización para ser grabado durante el ejercicio del cargo desempeñado, por lo que esta situación a todas luces vulnera su derecho a la intimidad.[...] En cualquier caso, la concertación de un contrato de trabajo no significa la privación para la persona trabajadora de los derechos* (continúa en la siguiente página)

En síntesis, si la grabación y posterior reproducción de una comunicación no cuenta con el consentimiento o derechohabiente, además, no encaja en las pautas establecidas por la legislación y jurisprudencia nacional y la comunicación no acontece a un acto público,⁵⁵ debe considerarse una intromisión indebida al secreto de las comunicaciones. Por otro lado, el emisor que, de manera espontánea brinda su mensaje a un medio de comunicación –televisivo o radial- manifiesta de modo tácito su consentimiento, es decir, voluntariamente se desprende de su derecho al secreto de las comunicaciones, ya que, lo esperado es que ese mensaje sea transmitido a diferentes personas. De la resolución

1944-2012 emitida por la Sala Tercera puede extraerse que las declaraciones espontáneas del imputado –lo que obviamente incluye su voz- a medios de comunicación pueden ser tenidas como prueba.⁵⁶

Debe tenerse claro que, en toda comunicación priva el derecho al secreto de las comunicaciones, básicamente por tratarse de un asunto privado, no público, por lo que en primera instancia todos los ciudadanos están llamados a respetar este derecho. Sin embargo, como se vio en el párrafo anterior, cuando un interlocutor establece una comunicación frente a un profesional dedicado a la transmisión de

constitucionales de los cuales es destinatario en virtud de su condición de ciudadano [...]” esta sentencia cita un extracto de la resolución 0124-2010 de las 10:00 horas del 22 de enero de 2010 también de esta Sala, y así concretar que: “el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un óbice para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas”. Después de leer esta resolución, yace la pregunta ¿Qué sucede si, careciendo del consentimiento de los trabajadores el patrono coloca una grabadora en el centro de trabajo y esta capta la comunicación de unos trabajadores que denote el planeamiento o realización de la comisión de un delito? Dado que este ejemplo corresponde a uno de los supuestos de grabación subrepticia realizada por un tercero, deberá aconsejarse la lectura de este particular más adelante, pero puede anticiparse que, atendiendo la jurisprudencia precedente, no puede un patrono, ni cualquier tercero ajeno a una comunicación, realizar grabaciones ocultas o subrepticias sin contar con ese necesario conocimiento de los afectados por la grabación, pues, de hacerlo atentaría contra los derechos fundamentales de esas personas. Únicamente, podría sostenerse que los trabajadores capturados en la comisión de un delito por una grabación acústica asumen el riesgo de que la comunicación sea expuesta o valorada como prueba cuando tienen conocimiento de que están expuestos a que su comunicación sea escuchada por otras personas particulares ajenas a la conversación. Pero bien, siendo el tema de las grabaciones auditivas un tópico casi ausente en la doctrina costarricense y poco usual en la jurisprudencia nacional, debe atenderse primeramente a las circunstancias en las que esa grabación se dio y bajo qué supuestos podría alegarse que el emisor del mensaje delictivo asume el riesgo de que su comunicación sea expuesta, por tanto, es preferible no adelantarse hasta haber estudiado, perseverantemente, cada uno de los pendientes que formarán el criterio necesario para deducir cuando se está frente a una grabación legal y cuando no.

55 Deberá atenderse al caso en concreto para determinar si el acto es o no público, pero puede entenderse que, las conferencias de prensa, por ejemplo, es un tipo de comunicación que está dirigida a un número indeterminado de personas, por lo que la grabación de voz del conferencista resultaría un hecho esperado.

56 *“La prueba que cuestionan los recurrentes, sean, los videos de las entrevistas dadas a la televisora REPRETEL y Noti 14, no es prueba espuria, como se pretende, pues consiste en manifestaciones libres y espontáneas dadas a la prensa, que el Ministerio Público hizo traer a debate, con el ánimo de reforzar su tesis, pero que en ningún momento pueden sustituir el testimonio en sede plenaria, y que deben ser valoradas por el Tribunal de conformidad con las reglas de sana crítica racional y libertad probatoria.” SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1944-2012, a las once horas veinticuatro minutos del siete de diciembre del dos mil doce.*

información se desprende la protección que brinda este derecho. Por el contrario, este tipo de consentimiento tácito de ninguna manera ocurre cuando el interlocutor emite su mensaje a ciudadanos que en el ejercicio de su profesión están obligados a guardar secreto profesional, ya que, el emisor, más bien, pretende de ese profesional el máximo sigilo.⁵⁷ De esto hace alusión CARBONE.

“[...] quien expone ante la víctima, ante un tercero, como veremos –por ejemplo, periodistas-, no es lo mismo cuando lo hace ante un sacerdote, psicólogo, abogado defensor, donde la expectativa de privacidad y de no revelación es total, comenzando por la ley penal que reprime la violación de estos secretos de estas profesiones y siguiendo por el rol de confianza que la propia función les otorga.”⁵⁸

Por otro lado recuérdese que ningún derecho es absoluto, de hecho, existen limitaciones lícitas. El principal criterio para que una intromisión al secreto de las comunicaciones resulte conforme a derecho, como se pudo notar, es el consentimiento entre interlocutores, tanto expreso como tácito. No obstante, también existen intromisiones lícitas que no precisamente requieren de ese consentimiento, tal es el caso, de las comunicaciones que reflejan actos delictivos. Por esta razón, en los párrafos siguientes se estudiará las grabaciones subrepticias que, como tales carecen de dicho consentimiento, pero, bajo ciertos supuestos son permitidas.

H. Legitimidad de las grabaciones subrepticias

Para dar pie a este tópico, se debe considerar que el secreto de las comunicaciones puede, lícitamente, ser afectado en el cumplimiento de otros intereses, a saber, por un interés público, el interés de probar la existencia de un delito, o bien, cuando medie una causa de justificación. A este punto del artículo, conviene presentar los dos tipos de grabación subrepticia que pueden ocurrir y los requerimientos que la legislación les exige. Debe considerarse, además, que estos acontecen bajo el supuesto de que las comunicaciones sean privadas, no públicas. En un primer arquetipo se sitúa la grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado, el otro supuesto corresponde a la grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular. En este segundo caso puede acontecer dos situaciones, una de ellas corresponde cuando la grabación sea realizada por un particular que participa de la conversación, la otra opera cuando la grabación se realiza por un particular ajeno a la conversación.

h.1. Grabación subrepticia de comunicaciones telefónicas realizada por el Estado

Como se ha dicho, la grabación de una conversación genera una intromisión a los derechos fundamentales de intimidad y el secreto de las comunicaciones, pero, bajo

57 Para esto debe considerarse que resulta típica la divulgación de información en esos supuestos. Artículo 203 del CP.-/ *Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa. Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.*

58 CARBONE. Op. Cit., p.282. Sobre el secreto profesional véase el último apartado de la primera sección del primer capítulo.

ciertos supuestos pueden establecerse medidas restrictivas para esos derechos, incluyendo dentro de estas medidas la posibilidad de escuchar, registrar y almacenar las conversaciones. Así las cosas, la vía idónea en la que el Estado podría lesionar estos derechos es mediante la intervención de comunicaciones, regulado este acto por la ley especial N°7425.⁵⁹ Esta ley ha diseñado una serie de pautas para que la intervención afecte lo menos posible los derechos del ciudadano.

Grosso modo, se trae a colación los lineamientos generales para considerar una intervención telefónica conforme a derecho. Se trata de una **medida excepcional** por lo que la **autorización jurisdiccional** que se conceda para tal efecto debe estar debidamente **fundamentada**. La intervención telefónica sólo procede para **asuntos de índole penal** que calcen en el listado expresamente previsto por el numeral 9 de la Ley N°7425. Una vez finalizada la intervención, corresponde al Juez, con la asistencia de las partes, **seleccionar las comunicaciones** útiles y relacionadas con la investigación,⁶⁰ esto de conformidad con el artículo 18 de la ley de cita.

Uno de los problemas que ha tenido que resolver la jurisprudencia respecto a este tipo de grabaciones es el hecho que tras la escucha de las comunicaciones, se determine

la comisión de un delito distinto para el que esa intervención fue autorizada. La Sala Tercera ha resuelto el asunto tomando como base la doctrina del hallazgo casual, dando pie, entonces, para que las grabaciones donde conste el contenido relevante de otro delito para el cual su intromisión no fue autorizada sirvan como noticia *criminis* de la investigación de ese delito. También esa Sala ha aclarado que a pesar de que esa grabación carezca de legalidad para la investigación por la que fue autorizada, no obsta que pueda ser mencionada en sentencia. A continuación el extracto de la sentencia.

“Desde luego, lo anterior no significa que tales informes (o el registro de las conversaciones intervenidas, en este caso) ni siquiera puedan mencionarse en la sentencia, pues como “notitiacriminis” que son, integran el desarrollo de los actos investigativos o, cuando menos, explican su origen o el rumbo que siguieron, a la vez que permiten constatar la ilegitimidad de las actuaciones que fueron realizadas. Lo que sí se les niega, conforme se apuntó, es aptitud probatoria para demostrar el hecho –desde que la mera noticia de su ocurrencia no es sinónimo de su demostración- y, en este sentido, constituyen simples hipótesis que habrán de descartarse o corroborarse a través de pruebas

59 “Otro tanto ocurre con las intervenciones telefónicas, las cuales constituyen una herramienta inicial en la investigación de ciertos delitos de delincuencia organizada. Delitos que por su propia naturaleza, el nivel de organización, la forma de operar y el manejo de recursos económicos y logísticos, resultan difíciles de perseguir.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Goicoechea, Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

60 “Ahora bien, la ley establece que dicha escogencia debe hacerse con intervención de las partes, llámese defensa, Ministerio Público, actor civil, etc. Sin embargo, ello no constituye un fin en sí mismo, sino una oportunidad para que los intervinientes puedan sugerir o solicitar la inclusión o exclusión de algunas de las llamadas.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

*idóneas y nunca utilizarse para suplir la ausencia de estas.*⁶¹

Otra cuestión que debe ser considerada es si las grabaciones audio-visuales realizadas por los llamados agentes encubiertos (como funcionarios del Estado) es un tipo de intromisión indebida al secreto de las comunicaciones. Vasta jurisprudencia ha indicado la legalidad de los agentes encubiertos o particulares colaboradores como técnica de investigación. Y es que en virtud de los artículos 10 y 11 de la *Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas* dicha práctica es legal, asimismo, estos artículos permiten que la policía mantenga oculta la identidad del colaborador, por lo que sus actuaciones podrán ser traídas a juicio *a través de otros medios en los que consten (v. gr: grabación en vídeo) o de testigos que las hayan presenciado.*⁶² Como se nota, las grabaciones audio-visuales son además de necesarias, permitidas a fin de constatar las actuaciones policiales de los agentes encubiertos.

h.2. Grabación subrepticia de comunicaciones realizada por un particular

Con las nuevas y mejoradas aplicaciones que ofrece la tecnología para teléfonos, tabletas electrónicas, computadoras y grabadoras en general, sin la mayor complicación, la generalidad de los ciudadanos puede efectuar una grabación de las comunicaciones y por ende registrar la voz de otro sujeto. El tipo de grabaciones que a continuación se verá son las efectuadas por particulares de manera oculta para alguno (s) de los participantes de la comunicación. Entiéndase por particulares a las personas ajenas al órgano de persecución penal. En estos casos, aplican exigencias diferentes a las previstas para las grabaciones subrepticias realizadas por el Estado. Como anteriormente se anunció este tipo de grabaciones puede ser dividido en dos subtipos: la grabación realizada por un particular que participa de la conversación y la grabación realizada por un particular ajeno a la conversación.

61 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1383-2012, a las nueve horas veintidós minutos del treinta y uno de agosto del dos mil doce.

62 *“También se ha admitido la facultad de la policía de mantener oculta la identidad del colaborador y que, consecuentemente, este se sustraiga a los interrogatorios del Tribunal y de las partes. Sin embargo, en tal supuesto, sus actuaciones solo podrán ser introducidas en el debate a través de otros medios en los que consten (v. gr: grabación en vídeo) o testigos que las hayan presenciado: rechazándose, entonces, la posibilidad de que su declaración se incorpore por medio de lo que manifestó a un oficial de policía.”*(El subrayado pertenece al original). TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, IICIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, Santa Cruz, Sentencia N°247-2013, a las once horas con quince minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece.

h.2.1. Grabación subrepticia realizada por un particular que participa de la conversación

El párrafo segundo del artículo 29 de la Ley N°7425,⁶³ se permite que un particular grabe la conversación mantenida con otro y que pueda luego presentarla como prueba en un proceso penal, sin embargo, esta facultad está limitada al cumplimiento de ciertos supuestos, así también lo ha delimitado la jurisprudencia. Así, no toda conversación que se grabe de forma subrepticia será legal, pues como se anunció la legalidad de esta estará estrictamente ligada al acaecimiento de ciertos supuestos.

Los requerimientos para la legalidad de las grabaciones subrepticias realizadas por particulares es posible extraerlos de la resolución N°48-2001 emitida por la Sala Tercera. Así, conforme la redacción de dicha resolución se tiene que, el particular que grabe la conversación mantenida con otro lo debe realizar en condición de afectado por un delito tipificado, el cual, es cometido utilizando como instrumento la comunicación dirigida a su persona. A esto se debe agregar que, estas autoras no

encuentran inconveniente para que la grabación realizada por el mismo imputado pueda ser utilizada como prueba en el proceso penal, es más, siendo el propio imputado el que realiza la grabación -dejando así constancia de su autoría en la comisión de un hecho delictivo-, no queda duda que no solo brinda su consentimiento, si no que acepta las consecuencias que de ello podría desprenderse. A continuación se extrae cada uno de los supuestos mencionados por esa resolución a fin de describirlos de manera más detallada.

- 1) **Que la persona que grabe participe en la conversación.**⁶⁴ No importa si quien graba lo hace en su rol de emisor o de receptor. Respecto al receptor, cabe mencionar que este podrá tener un carácter meramente pasivo, es decir, que no haya establecido una especie de dialogo con el emisor;
- 2) **Que la comunicación sea el instrumento mediante el cual se comete el delito.**⁶⁵ Bajo este supuesto, podría constar en una grabación delitos en los que el autor puede utilizar como medio para lograr su cometido llamadas telefónicas, o bien, pueden suscitarse

63 Artículo 29 de la ley 7425. *Consentimiento del titular del derecho. /No existirá intromisión ilegítima cuando el titular del derecho otorgue su consentimiento expreso. Si son varios los titulares, deberá contarse con el consentimiento expreso de todos. Este consentimiento será revocable en cualquier momento. /Cuando la persona que participa en una comunicación oral, escrita o de otro tipo, mediante la cual se comete un delito tipificado por la ley, la registre o la conserve, esta podrá ser presentada por la persona ofendida, ante las autoridades judiciales o policiales, para la investigación correspondiente. /Si las comunicaciones indicadas en el párrafo anterior han servido a las autoridades jurisdiccionales para iniciar un proceso penal, las grabaciones de tales comunicaciones o los textos que las transcriben podrán presentarse como pruebas ante el juez, en el juicio correspondiente.*

64 *"Tampoco está permitido que terceros registren comunicaciones en las que no intervienen, ya que de hacerlo incurrirán en el delito previsto en el artículo 198 del Código Penal [...]"* SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

65 *"[...] siempre que la comunicación sea –como lo es en este caso- el instrumento mediante el cual se comete el delito."* SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

de manera presencial, donde la voz y el dicho del autor, pueda ser capturada en un medio fonográfico. Debe entenderse que la comunicación es el medio utilizado por el autor para delinquir, mas, la comunicación no forma parte de los requisitos objetivos del tipo penal. Por ejemplo, una persona recibe una comunicación oral cuyo contenido puede calificar como prueba de la conducta típica de tráfico de persona previsto en el artículo 172⁶⁶ del C.P, el tipo penal se cumple cuando el emisor promueve, facilita y favorece la entrada o salida del país para que se ejerza la prostitución. La comunicación –telefónica o presencial- puede ser el “vehículo” que el autor utilizó

para llegar a la víctima, mas el delito se consume con la actividad de esos verbos, no con la comunicación *per se*.

- 3) **Que el interlocutor tenga como objeto la comunicación⁶⁷ o producción⁶⁸ de un delito.**⁶⁹Conviene aclarar que la letra del artículo aludido indica que *por delito tipificado por ley*, a esto, la Sala Tercera ha aclarado que se refiere a los delitos tipificados en las leyes penales, o sea, los establecidos por el Código Penal y leyes especiales, de ningún modo puede confundirse que se refiere a los delitos indicados en el numeral 9 de la Ley N°7425, porque esta ley no tipifica delitos.⁷⁰
- 4) **Que el afectado del delito sea el que realice la grabación.**⁷¹Es importante

66 Artículo 172 del CP. *Delito de trata de personas.* / *Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien promueva, facilite o favorezca la entrada o salida del país, o el desplazamiento dentro del territorio nacional, de personas de cualquier sexo para realizar uno o varios actos de prostitución o someterlas a explotación, servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, trabajos o servicios forzados, matrimonio servil, mendicidad, extracción ilícita de órganos o adopción irregular.*

La pena de prisión será de ocho a dieciséis años, si media, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La víctima sea menor de dieciocho años de edad o se encuentre en una situación de vulnerabilidad o discapacidad.
- /b) Engaño, violencia o cualquier medio de intimidación o coacción. /c) El autor sea cónyuge, conviviente o pariente de la víctima hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad. /d) El autor se prevalezca de su relación de autoridad o confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. /e) El autor se aproveche del ejercicio de su profesión o de la función que desempeña. /f) La víctima sufra grave daño en su salud. /g) El hecho punible fuere cometido por un grupo delictivo integrado por dos o más miembros. / (Así reformado por el artículo 19 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009.)

67 En el caso que se confiese haber cometido un delito.

68 Por ejemplo cuando el contenido de la comunicación configure el tipo penal de la amenaza.

69 “[...] *por un delito que se comete utilizando como medio una comunicación [...]*”SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

70 En este punto es oportuno recordar que anteriormente se hacía crítica respecto a la escasas de regulación del derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la voz en otras materias como: familia, civil y laboral. Esto porque, en atención al requisito que se describe, si además de no contar con el consentimiento de los interlocutores, la comunicación grabada no reflejase la comisión de un delito, quien graba incurre entonces en el delito tipificado en el artículo 198 del CP. Así las cosas en el ordenamiento jurídico costarricense, a fin de admitir una grabación como fundamento probatorio dentro de un proceso de familia, civil y laboral, el cual, por la materia, generalmente no refleja la comisión de un delito, se tendrá que acudir a la orientación de jurisprudencia internacional.

71 “*Esta opción es permitida sólo a favor de quien se ve afectado por un delito que se comete utilizando como medio una comunicación dirigida a su persona; únicamente ese individuo está posibilitado para registrar la comunicación –incluso grabarla- y ofrecerla como prueba en un proceso jurisdiccional.*”SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

hacer notar que la resolución mencionada fue emitida antes de que la Ley N°8200 reformara el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley N°7425, por lo que la transcripción que hace esta sentencia de dicho artículo no es conforme a la lectura actual. Se realiza esta cuestión porque la palabra *destinatario* -explícita en el artículo 29 anterior a la reforma-, puede ser la causante de que se incluyera, por vía jurisprudencial, como requisito que el afectado del delito sea el que realice la grabación, esto, quizás, al darle una errónea interpretación al término destinatario. Dicho requisito fue sosteniendo incluso en el año 2009 mediante la Sentencia N°1091 de la Sala Tercera al transcribir, sin hacer salvedad alguna, lo dicho en la Resolución N°48-2001 también de esa Sala.

Como se lee, según la jurisprudencia, el acto de grabar sólo le compete a al ofendido, vedando así la posibilidad de que un participante o destinatario de la comunicación cuyo contenido reflejase la comisión de un delito pudiese grabar esa conversación de modo subrepticio. Puede afirmarse que el criterio jurisprudencial anterior, permanece como requisito vigente, pues, a pesar del

cambio en la letra del párrafo segundo del artículo 29 de la ley de rito, todo parece indicar que la jurisprudencia no ha variado su posición. Valga aclarar que, a criterio de las autoras de este ensayo, de la lectura del párrafo segundo del artículo 29 comentado, no se desprende el requisito apuntado por la Sala Tercera. El destinatario de una comunicación no es otro que el receptor, y quien participa en una comunicación bien puede ser receptor como emisor, es decir, se trata de un asunto de dinámica de comunicación,⁷² lo que no debe confundirse, entonces -como lo hace la sentencia atrás mencionada, que el *destinario* o participe es necesariamente el ofendido del delito. Al entender de las autoras, quien participa en una conversación cuyo contenido refleje la comisión de un delito, con independencia del rol que asuma en la comunicación, puede grabar la conversación mantenida para luego aportarla como prueba.

Se extraña que la misma Sala Tercera luego en la Sentencia N°125-2010 reconociera, aunque no de manera directa, que destinatario es quien se encuentra al otro lado de la comunicación,⁷³ a la vez esa sentencia identifica el derechohabiente como excepción a la orden jurisdiccional

72 CARBONE indica que "No es fácil definir la comunicación. Para una línea de pensamiento la comunicación ocurre cuando hay "interacción recíproca entre los dos polos de la estructura relacional (transmisor-receptor)" realizando la "ley de bivalencia", en la que todo transmisor puede ser receptor y todo receptor puede ser transmisor." CARBONE. Op. Cit., p.22.

73 "Es claro que el consentimiento de la titular del bien, entendida como la persona que conversó telefónicamente con los secuestradores, sí se obtuvo. En palabras de F.: "...ese mismo día, en la noche apareció el oficial Mario Coto, se identificó, le dijo que le habían informado por medio de una llamada sobre el secuestro, por lo que ella llamó a su mamá, los tres hablaron; el oficial Mario les solicitó que si permitían poner un oficial, un equipo para rastrear las llamadas y una grabadora en el teléfono de la casa, su mamá y ella aceptaron y al otro día llegaron a instalarlo..." (f. 2117). La queja del recurrente, en el sentido de que la esposa del ofendido, o todos los eventuales afectados de las grabaciones telefónicas, debieron también prestar su consentimiento, proviene de una lectura errada del mencionado artículo 29. Por titular del derecho no se entiende otra cosa, que el interlocutor o participante en una conversación, y en el presente caso, las únicas conversaciones telefónicas registradas mediante el equipo suministrado por la policía, que se valoraron como prueba, fueron las recibidas por F [...]" SALATERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°125-2010, a las nueve horas y cuarenta minutos del diecinueve de febrero del dos mil diez.

de intervención de comunicaciones, cuestión que se comparte, empero, se sigue estimando que eso no resuelve el problema anteriormente planteado. En los casos concretos presentados por la jurisprudencia, incluyendo esta última sentencia, quien acepta la escucha de la conversación y realiza la grabación subrepticia, o mejor dicho, quien graba sin que el otro interlocutor tenga conocimiento de ello, es siempre a la vez destinatario de la llamada y ofendido del delito, entonces, todavía no se ha resuelto ¿Qué sucede en los casos donde destinatario y ofendido no son los mismos? ¿Puede el receptor de una comunicación, cuyo contenido refleja la comisión de un hecho delictivo, proceder a grabar la conversación?

Aunque no se esté de acuerdo con este requisito esgrimido para la grabación subrepticia de un particular, estando la jurisprudencia así, el grabar la conversación y por ende la voz de otro sin contar con la condición de víctima, resulta un acto ilegal, aún y cuando quien grave figure como interlocutor. Sin embargo, esta ilicitud podría obviarse si el juez encargado de admitirla, o denegarla, entiende que quien realizó el acto de grabar lo hizo amparado en una causa de justificación, como un acto de legítima defensa o incluso estado de necesidad, por ejemplo. Debe de repararse que el artículo 29 de la Ley N°7425 tiene su razón de ser no solo como excepción a la orden jurisdiccional, sino que se dispuso a fin de que ante la comisión de un hecho delictivo transmitido a otro por una comunicación oral

—ya sea por llamada telefónica o de manera presencial—, el particular receptor de esa comunicación —en calidad de testigo o de víctima— pueda grabar y difundir el contenido de esa conversación como prueba sin incurrir en el delito del 198 del C.P.

A juicio de estas autoras, la criticada interpretación jurisprudencial afecta los intereses procesales, por ende transgrede los principios base de la finalidad de la prueba y el principio de libertad probatoria. En aplicación de la teoría del riesgo,⁷⁴ cualquier persona, sin importar la condición procesal que llegue a ocupar dentro de una causa, puede grabar la comunicación donde conste la comisión o producción de un delito y presentarla como prueba. Así, quien delinque o hace saber la comisión de un delito valiéndose de una comunicación oral,⁷⁵ asume el riesgo de que ese mensaje sea grabado para luego ser difundido en la investigación penal. No existirá mayor objeción en afirmar que ningún ordenamiento jurídico puede impulsar comisiones delictuosas y, al parecer, con interpretaciones como la criticada se abre un portillo para la impunidad.

Se apela, entonces, que la teoría del riesgo sanee ese nocivo requerimiento de que sea el afectado del delito quien realice la grabación. Es criterio de las autoras que, si el autor del delito decide comunicar a otro la comisión de un delito, asume el riesgo de que ese mensaje sea capturado y difundido como prueba, la cuestión está en que aunque un particular no sea víctima, si el imputado decidió de

74 **“Teoría del riesgo:** Se utiliza frente a pruebas que inicialmente se podrían considerar ilícitas, pero que pierden esa naturaleza, cuando el titular del derecho fundamental lesionado, asume el riesgo o da un consentimiento tácito para que sus manifestaciones (autoincriminates) o actos (delictivos), sean conocidos por otros sujetos.” TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ, San José, Sentencia N°1487-2011, a las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil once.

75 Oral, por ser el tipo de comunicación que interesa a los efectos de este artículo.

manera espontánea y extrajudicialmente comentarle los pormenores del delito o utilizar la comunicación como instrumento para cometer un delito, asumió el riesgo de que esa comunicación, aunque privada, deje de serlo por lesionar bienes jurídicos. Eso sí, debe tenerse claridad en cuanto a que aquel riesgo lo asume ante quien dirigió la comunicación, no ante otras personas ajenas a la conversación, es decir, ante terceros que no participan en la comunicación y por ello carecen de la facultad de grabar las voces de esos interlocutores.

h.2.2. Grabación subrepticia realizada por un particular ajeno a la conversación

Este tipo de grabaciones son efectuadas por personas ajenas a la conversación y su práctica es ilegítima. La Sentencia N°48-2001 emitida por la Sala Tercera, ya anteriormente señalada, ha concluido que: *tampoco está permitido que terceros registren comunicaciones en las que no intervienen, ya que de hacerlo incurrirían en el delito previsto en el artículo 198 del Código Penal.*⁷⁶ Debe concebirse que en este tipo de comunicaciones ese tercero no figura ni como receptor ni como emisor, por tanto, cuando el tercero ajeno a la conversación grabe esta sin el consentimiento de ninguno de los dos interlocutores tendrá que ser considerado un acto ilegal.

Se hace necesario que este tipo de grabaciones no encuentren pretexto legal ni jurisprudencial,

pues la comunicación no le pertenece al tercero ajeno a ella, ya que ni siquiera participa de ella y el registrar la conversación de otros hace más grosera la lesión al derecho al secreto de las comunicaciones. Aún y cuando la conversación de otros denote la comisión de un delito, ese tercero no puede arrogarse las competencias del órgano persecutor de la justicia penal y violentar así no solo el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho a la voz y el derecho a la intimidad.⁷⁷ Por otro lado, debe retomarse que nada obsta para que ese tercero sea testigo o bien dé noticia *crimínis* de lo que conoce.

Se reconoce que quedará a arbitrio del juzgador considerar si en este caso es posible la aplicación de una causa de justificación como la legítima defensa a favor de otros, precisamente a favor del afectado por el delito que logra capturar y demostrar la grabación sonora, de ser así, entonces, se estaría ante una causa de justificación que no solo lo eximiría de la comisión del delito del artículo 198 del CP, sino que también daría la oportunidad para que la grabación se utilizare como prueba dentro del proceso penal. Este hipotético caso, no puede equipararse con las grabaciones realizadas por agentes encubiertos, toda vez que la actividad realizada por los agentes encubiertos implica que ellos también formen parte de las conversaciones que graban de manera subrepticia, aunado a ello, la acción

76 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°48-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve.

77 En este sentido JAUME BENNASAR “[...]al no ser el destinatario de la comunicación y grabar esa conversación, estaría realizando un verdadero acto de interceptación de una interlocución ajena, en cuyo caso existiría una vulneración del secreto, de la intimidad y, en su caso, de un delito. En definitiva, devendría una prueba ilícita que no desplegaría sus efectos en el proceso.” JAUME BENNASAR Andrés, “La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal”, España, Lex Nova, 2010, p. 132.

del agente encubierto está legitimada bajo una causa de justificación del cumplimiento de un deber.

I. Reflexión final

A la mayoría de costarricenses le sorprendería tener conocimiento que grabar y luego reproducir ante otros la voz de una persona sin que esta lo consienta implica la comisión de un hecho delictivo. Y es que en el campo de las telecomunicaciones y aplicaciones móviles esto pareciera ser, cada vez más, un acto inofensivo. No obstante, y pese a que según se ha dicho, no es posible determinar con absoluta certeza la identidad de un individuo por medio de su voz, este rasgo sonoro por su particular naturaleza se constituye como una característica propia de la identidad y un verdadero rasgo biométrico que no solo colabora como medio de identificación humana, sino como un verdadero instrumento que facilita la convivencia social. Por ende, es la tendencia actual otorgarle la debida protección a la voz y asumirla como parte de los derechos de la personalidad.

El uso de instrumentos tecnológicos que logran almacenar la voz de un individuo, propicia la intromisión indebida en la esfera privada de las personas. Al respecto, se subraya que *como interés directo de la personalidad y como bien expresivo de*

*la faceta de la intimidad la voz merece de protección.*⁷⁸ Al ser la voz un componente de la identidad, constitutivo de la personalidad y expresión de la intimidad, puede esperarse que también merezca la categoría y tutela de derecho, no como uno dependiente de otros para su protección, sino un derecho autónomo.

A pesar de lo anterior, actualmente el ordenamiento costarricense no logra reconocer de forma íntegra la autonomía del derecho a la voz. Sin embargo, el análisis anteriormente expuesto destaca que a razón de leyes especiales y jurisprudencia, al asumirse a la voz como un derecho de la personalidad con independencia de la existencia de otros derechos, debe entenderse que la grabación de esta, siempre implicará una intromisión no solo al derecho de las comunicaciones, sino también al derecho a la propia voz. En este sentido, como se indicó, la grabación de voz puede devenir de una intromisión efectuada tanto por particulares como por el Estado, que en algunos casos será legítima y en otros no, y es que no habría ninguna injerencia ilegítima en el derecho aludido siempre y cuando quien escucha y realiza una grabación de una comunicación –ya sea que participe o no en ella- cuente con el consentimiento de los interlocutores, o bien, le asista alguna de las excepciones contempladas por las normas para grabar de forma secreta la voz de otro.

78 JUANATEY DORADO. Op. Cit., p.128.

Bibliografía

Conferencias académicas

GIL Juana, *Voz e identidad*, Comunicación presentada en XXXI Congreso Internacional de AESLA. Tenerife, 2001.

Jurisprudencia nacional

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N° 6552-2003, a las quince horas dieciséis minutos del ocho de julio del dos mil tres, citado por TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea. Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°10790-2011, a las trece horas y veinticuatro minutos del doce de agosto del dos mil once

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°16586-2007, a las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del dieciséis de noviembre de dos mil siete

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1944-2012, a las once horas veinticuatro minutos del siete de diciembre del dos mil doce.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1383-2012, a las nueve horas veintidós minutos del treinta y uno de agosto del dos mil doce.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. SentenciaN°00048-2001, a las once horas del doce de enero del dos mil uno, citada por SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°1091-2009, a las nueve horas y cuarenta minutos del cuatro de septiembre del dos mil nueve

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José. Sentencia N°125-2010, a las nueve horas y cuarenta minutos del diecinueve de febrero del dos mil diez.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, Santa Cruz. Sentencia N°247-2013, a las once horas con quince minutos del veinticinco de setiembre de dos mil trece.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ, San José. Sentencia N°1487-2011, a las ocho horas con veinticinco minutos del cuatro de noviembre del dos mil once.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea. Sentencia N° 1037-2011, a las quince horas, del dieciocho de agosto de dos mil once.

TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA, II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, Goicoechea, Sentencia N°436-2012, a las ocho horas diez minutos del veintiuno de noviembre de dos mil doce.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, San José. SentenciaN°272, a las catorce horas treinta minutos del dieciocho de julio del dos mil doce.

Libros

CARBONE Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.

JAUME BENNASAR Andrés, *“La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal”*, España, Lex Nova, 2010. p. 132.

JUANATEY DORADO Carmen, DOVAL PAIS Antonio, «Límites de la protección penal de la intimidad», *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010.

PÉREZ VARGAS Víctor, *Derecho Privado*, San José, Litografía e Imprenta LIL S.A., 4ª ed., 2013. p.188.

ROSELLÓ MANZANO Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011.

Normativa costarricense

Código Civil.

Código Penal.

Código Procesal Civil.

Constitución Política.

Decreto Ejecutivo N° 34104-G-MSP del 17 de octubre del 2007. Publicado en La Gaceta N°. 228 27-11-2007.

Ley del Sistema Nacional de Archivos Judiciales.

Ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones.

Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

Ley de Registro y Archivos Judiciales.

Sitios Web

ECURED, http://www.ecured.cu/index.php/Cinta_magn%C3%A9tica consultado el 3 de abril de 2014

Trabajos finales de graduación

ARÉVALO GONZÁLEZ Eugenio, *Reconocimiento Automático de Locutor en Entornos Forenses basado en Técnicas de Factor Analysis aplicadas a Nivel Acústico*, Tesis para optar por título en Licenciatura en Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

CELIS HERRERA Pablo Alejandro, *Descripción de los métodos utilizados en reconocimiento forense de locutores y su implementación en Chile*, Tesis para optar por título de Ingeniero Civil Acústico, Chile, Facultad de Ciencias de la Ingeniería, Universidad Austral de Chile, 2009

DELGADO ROMERO Carlos, *La identificación de locutores en el ámbito Forense*, Memoria presentada para optar por el título de Doctorado, España, Facultad de Ciencias de la Información, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

GUTIÉRREZ ARRIOLA Juana María, *Síntesis Multilocutor aplicando técnicas de conversión de hablante*, Tesis para obtener título de Doctorado en Ingeniería Electrónica, España, Escuela Técnica Superior de Ingenieros en Telecomunicación, Universidad Politécnica de Madrid, 2008.

HARRIERO CASTRO Alberto, *Fiabilidad en sistemas forenses de reconocimiento automático de locutor explotando la calidad de la señal de voz*, Tesis para optar por título de Ingeniería Informática, España, Departamento de Ingeniería Informática, Universidad Autónoma de Madrid, 2010. p.11 y ARÉVALO GONZÁLEZ.