

LA VERDAD EN EL FILO DE LA NAVAJA (NUEVAS TENDENCIAS EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA)*

Teresa Armenta Deu* *

A la memoria de Guadalupe

1. Consideraciones previas.

Este trabajo, cuyo origen es la “Ponencia general sobre las nuevas tendencias en materia de prueba ilícita”¹, acomete una materia compleja y a la par apasionante cuyos derroteros se encuentran frecuentemente sometidos a los vaivenes de las cambiantes circunstancias de un mundo convulso. Esta realidad precisa, entre otros, de un planteamiento jurídico conceptualmente amplio y comprensivo de categorías generalmente aceptadas para poder alcanzar conclusiones con pretensión de validez general. Este es su principal objetivo.

A tal efecto los instrumentos son dos: un desarrollo global y un número importante de fuentes de conocimiento. Al primer objetivo corresponde el índice de materias desarrolladas. Al segundo el importante número, catorce, de Europa y América, de legislaciones y doctrina analizadas².

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación I+D “Internacionalización de la Justicia y reforma del proceso penal” (ref. SEJ2004-OO266).

** La autora es catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Girona (España). E-mail: tarmenta@uoc.edu.

¹ XIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Salvador, Bahía (Brasil) en Septiembre de 2007).

² En éste ámbito destaca la inestimable ayuda de diferentes autores que enviaron ponencias nacionales al mencionado Congreso, ofreciendo un amplio mosaico de datos y conocimientos. Se trata de más de catorce países de los continentes europeo y americano. Entre los europeos, y desde luego sin que tal circunstancia significa carencia alguna en los restantes, el análisis se centra en aquellos que aportan diferentes singularidades como Alemania; Bélgica; España; Francia; Holanda; Italia y Portugal (Alemania SABINE GLESS y JAN WENNEKERS; Bélgica: FRANK VERBRUGGEN; España: FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI; Francia:

La exposición, cuyo núcleo esencial se concentra en el primer apartado, se inicia con un estudio introductorio sobre la prueba ilícita desde sus diferentes perspectivas y enfoques para llegar a los numerosos criterios clasificatorios. A partir de ahí, continúa con el desarrollo de tres grandes apartados: regulación y concepto de la prueba ilícita; eficacia de la prueba ilícita; y tratamiento procesal de la prueba ilícita.

Se incluye también dos apartados al objeto de ofrecer una visión de conjunto como parangón altamente ilustrativo: de una parte, la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH) en materia de prueba ilícita; y en la misma dirección, de otra, sendas tendencias en torno a dos ámbitos que constituyen referencia doctrinal continua: a) la regulación de la UE, aún por consolidar, pero que camina hacia una armonización en las regulaciones procesales de los veintisiete países miembros; y b) las últimas tendencias detectadas en EEUU en materia de prueba ilícita³.

I. Introducción

A) Perspectivas desde las que cabe abordar la prueba ilícita.

En los países de traducción jurídica continental, la prueba ilícita figura, en primer término, como exponente del principio de legalidad penal, en la medida en que nadie puede ser condenado sino por delito o falta previamente establecido en la ley (previa, escrita y estricta), así como a la pena que en dicha ley corresponda y siempre que se haya observado idéntica escrupulosidad en la legalidad del procedimiento, y muy especialmente, en enervar la presunción de inocencia a través de “pruebas legales”, comprendiendo en este término el complejo entramado jurídico que abarca tal concepto.

JULIETTE LELIEUR-FISCHER; Holanda: MARC GROENHUIJSEN; Italia: PAOLO TONINI; y Portugal: ELENA BURGOA Y MARIA TERESA BELEZA. Los sudamericanos y México, ofrecen la interesante perspectiva de amplias y recientes reformas en el marco legal del proceso penal (Colombia; Chile, Brasil) o su contrario (Cuba; Uruguay), a lo que cabe añadir incorporar la riqueza y consiguiente dificultad de una estructura política federal (Argentina; México), que en definitiva multiplica el número de legislaciones analizadas. Argentina: RITA MILL; Brasil: ANTONIO SCARANCA FERNANDES; Chile: RAUL TAVOLARI; Colombia: JAIRO PARRA QUIJANO; Cuba: JUAN MENDOZA DÍAZ; México: CARLOS F. NATARÉN; Portugal: ELENA BURGOA; y Uruguay: RAQUEL LANDEIRA. Todas las referencias a los respectivos países y ordenamientos –salvo aquellas que constituyan juicios críticos u opiniones– provienen de éstos juristas. A todos mi profundo reconocimiento.

Se advertirá que la cita de países y ordenamientos procesales penales no se reitera al analizar todos y cada uno de los diferentes aspectos que se acometen; en ocasiones y para una exposición lo más fluida posible, se ha resaltado aquello más destacable en cada uno de ellos, sin perjuicio de efectuar las oportunas referencias informativas a las regulaciones legales correspondientes. Podría adelantarse alguna consideración de orden más genérico como es en Centro y Sudamérica la división entre países cuyas leyes se han reformado a partir del 2000 y en donde es innegable la influencia del sistema procesal de los EEUU (Chile, Colombia o diversos Estados de México), y aquellos en que no es así.

³ Para ésta última, me he servido de la ponencia elaborada por CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ.

Desde esta perspectiva y atendido que el derecho penal sólo se realiza a través del proceso, la búsqueda de la verdad material ha constituido uno de los fines destacados del proceso penal, justificando, entre otros aspectos, manifestaciones de oficialidad en la fase investigadora del proceso y en el propio juicio oral en materias relacionadas, precisamente, con la investigación y obtención de fuentes de prueba y la práctica de medios de prueba.

No debe olvidarse, por otro lado, la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba, patente en esta materia, donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado “medio probatorio”, que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los casos de prueba anticipada o preconstituida⁴.

- b) En segundo lugar, desde el punto de vista de las fuentes, la licitud de la prueba se referirá a quien ha obtenido la fuente (el juez instructor; la parte o la policía); para, a partir de ahí, plantear si en razón de la forma de obtener la fuente de prueba, cabe usar posteriormente tal fuente y el correspondiente medio en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente.
- c) En tercer y último lugar (*last but no least*), la prueba ilícita patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, como medio ineludible de realización del derecho penal, y por otro, la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales. Podría afirmarse en tal sentido, que el ordenamiento en su conjunto se sitúa en el punto medio de dos factores en tensión: de una parte, la tutela de los citados bienes esenciales, que precisamente por serlo, obtienen esa protección cualificada que representa el derecho penal y el proceso a través del cual éste se realiza, y que justifica, a su vez, intromisiones singularmente relevantes por parte del Estado. Y, de otra, simultáneamente y tensionando en dirección opuesta, las limitaciones así acreditadas cuando afectan a derechos fundamentales, que debido a lo que Bachof denomina su «gran pretensión de validez»- reclaman la utilización de criterios singularmente estrictos a la hora de valorar las repetidas medidas restrictivas, a la par que imponen a los poderes públicos una gran medida en su limitación. Se llega así a la siguiente conclusión:

⁴ La distinción entre fuente y medio de prueba fue propuesta por CARNELUTTI, F, “La prueba civil”, Buenos Aires, 1955, pp. 65-70 y posteriormente incorporada a nuestro acervo por SENTIS MELENDO, S, “Fuentes y medios de prueba” en “La prueba”, Ejea, Buenos Aires, 1978, pp.144ss
Sobre ésta distinción se ha escrito: *Fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo; mientras que medio es un concepto jurídico y, más específicamente procesal.* SENTIS MELENDO, “Fuentes y medios de prueba” en “La prueba”, Buenos Aires, 1978. La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, si bien, si éste no se produce, no tendrá repercusiones procesales, aunque pueda tenerlas materiales; el medio se forma en el proceso, en un proceso concreto, y siempre producirá efectos de esta naturaleza. MONTERO AROCA, J, “La prueba en el proceso civil”, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp.69ss.

No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionalmente los derechos (fundamentales o no sólo éstos) tanto de contenido material (derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; a la integridad corporal, a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, de defensa, de asistencia letrada, a utilizar los medio de prueba pertinentes..).

Cada uno de estos grupos de derechos actúa de manera diferente y sobre objetos diferentes. Los primeros limitan, en general, la actuación del Estado en la obtención de las fuentes de prueba, en el desarrollo de la investigación para la obtención de medios de prueba. Los segundos suelen operar como limitaciones a la admisión o “atendibilidad” de los concretos medios de prueba en relación con la regulación legal de su acceso al proceso⁵.

En este último sentido, se fijan límites a la indagación y producción de fuentes y medios de prueba en atención a los derechos y libertades públicas. Tales límites conforman la sujeción a una serie de reglas informadas por el principio de proporcionalidad. A tenor de la interpretación del TEDDHH y el TC español, el principio de proporcionalidad se desglosa en las siguientes *reglas que deben informar toda limitación de derecho fundamental*: 1) previsión legal de la medida; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga; 4) que entre la lesión del Derecho Fundamental y la finalidad perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos⁶. Estas exigencias se constatan –con mayor o menor pormenorización- en la jurisprudencia de otros países, como después comprobaremos.

En definitiva, la ilicitud probatoria plantea, si para obtener una sentencia más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aún al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el derecho penal⁷. Expresado en otros términos, la realización del derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia, circunstancia que exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso, que se haya seguido un *procès equitable*” (art. 6 CEDDHH); y en el que se hayan respetado las garantías del art. 8 CADDHH; o las del “proceso debido”, el “fairness process” o cualquier otra denominación acuñada.

⁵ HERNANDEZ GARCÍA, J, “El juicio oral. La prueba” en AAVV, “Hacia un nuevo proceso penal”, Manuales de Formación continuada n. 32, CGPJ, 2005, p. 381.

⁶ La circunstancia citada ha de permitir el examen de que la decisión se adoptó con arreglo a indicios suficientes, no meras suposiciones o conjeturas; valoración que debe efectuar el juez a quien la policía solicita la adopción de la medida (SSTC 54/1996 y 184/2003).

⁷ Esta idea fundamentaba, ya a principios del siglo pasado, una obra de BELING, E “Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitforschung in Strafprozess”, Breslau, 1903.

El abanico de posibilidades que se abre así es enorme: La ilicitud puede provenir de distintas causas, que cabe agrupar como sigue⁸:

- A) Tratarse de pruebas legal y expresamente prohibidas, ya sea por su objeto (prohibición de prestar testimonio para quienes están obligados a guardar secreto); ya por afectar a determinados métodos de investigación (torturas, coacciones o amenazas); ya por afectar a determinados medios de prueba (testimonio entre parientes; testimonios de referencia); por violentar derechos fundamentales; o, por ser irregulares o ser defectuosas; B) Pueden producirse en diferentes momentos (antes o en el mismo proceso); C) Operar en beneficio del causante de la ilicitud o de un tercero, o finalmente; o, D) Consistir en actuaciones de diferentes sujetos (acusadores o acusado).

Finalmente, conviene dilucidar cuales son los efectos de la ilicitud y si resultan asimilables entre sí.

Todas estas posibilidades precisan para su cabal comprensión delimitar diferentes campos, empezando por esclarecer las clases de ilicitud y el concepto de prueba ilícita.

B) Causas y clases de ilicitud

Hay que constatar, inicialmente, que las clasificaciones son tantas, al menos, como las diferentes perspectivas desde las que caben acometer las muchas manifestaciones de la ilicitud⁹. La referencia a cada una de ellas obedece, más que a fines de erudición, a la función esclarecedora que pueda comportar su exposición¹⁰.

- a) El *momento temporal* como criterio delimitador se acomoda a la distinción entre fuente y medio de prueba, en cuanto la fuente se obtendrá extraprocesalmente y el medio deberá practicarse en el juicio oral o reproducirse en los casos de prueba anticipada y prueba preconstituida¹¹. Ocurre que una parte importante de las ilicitudes se producen antes de iniciarse el proceso, incluyendo en ocasiones su fase instructora, es decir, durante la

⁸ Entre las muchas clasificaciones al respecto, se sigue la de MIRANDA ESTRAMPES, M, “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal” ob.cit.loc.cit.

⁹ Existen otras muchas calificaciones que aquí no se tratan como la de PASTOR BORGONÓN, B, entre: a) “materias excluidas de investigación”; b) “métodos de investigación totalmente excluidos”; y c) “métodos de investigación admisibles si se respetan las condiciones y requisitos” o la seguida por ROXIN: a) prohibiciones de prueba (materia calificada como secreta, por ej); b) prohibiciones de medio de prueba (determinados testimonios); c) prohibiciones de método de prueba (determinados tipos de interrogatorio); d) prohibiciones de pruebas relativas (que pueden ser autorizadas por determinadas personas, por ej.); y d) prohibiciones de aprovechamiento o de valoración), cfr. “Derecho procesal penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

¹⁰ Se continua la clasificación propuesta por MIRANDA ESTRAMPES, M, ob.cit.loc.cit.

¹¹ Vid. ARMENTA DEU, T, “Lecciones de Derecho procesal”, Marcial Pons, 3ª ed. Bosch, Madrid-Bacelona-Buenos Aires, 2007.

búsqueda y obtención de fuentes de prueba. Tal circunstancia presenta singular relevancia en países como Alemania, Holanda o Chile, donde la investigación se confía en exclusiva al Fiscal; o en Francia, y otros en los que se puede prescindir de aquella¹².

- b) La *distinción a tenor del sujeto* que provocó la ilicitud enfoca una doble perspectiva: en primer lugar, diferenciar entre sujetos públicos y privados, limitando la inadmisibilidad de la prueba ilícita a la obtenida por funcionarios o autoridades públicas; y en segundo, distinguir los efectos de la ilicitud o la negación de éstos según beneficien al acusado o no. Suscita, además, cuestiones como las referentes a las actuaciones de los infiltrados y de los sujetos privados que operan a instancias de la policía.

En el primer sentido, y a diferencia de los EEUU de Norteamérica, donde resulta determinante la condición de funcionario público¹³, algunos países no ciñen el examen de la ilicitud a las actuaciones públicas, así: España¹⁴; Colombia; o Italia, donde incluso se regulan prohibiciones probatorias dirigidas a sancionar ilicitudes cometidas por el defensor y los investigadores privados¹⁵.

En tanto otros carecen de regulación expresa en tal sentido, presentando una jurisprudencia oscilante, particularmente en lo relativo a actuaciones de particulares a instancias de la policía (Bélgica)¹⁶; autoridades tributarias (México): Argentina; Brasil; o Alemania.

Existen finalmente países como Uruguay, donde se exige la condición de autoridad pública de persecución, siempre y cuando sea nacional¹⁷, o Francia, donde se sostiene que los particulares no están sujetos al principio de lealtad¹⁸, llegando incluso a aceptar prácticas como el “testing”¹⁹,

¹² En todos, la ausencia de garantía jurisdiccional debe verse compensada con una revisión judicial de lo actuado, así como de los resultados, donde el examen de la ilicitud tendrá un papel relevante, como sucede en la “preliminary hearing” del proceso norteamericano.

¹³ ALLEN, KUHNS y STUNTZ, “Impeachment with unconstitutionally obtained evidence” en “Constitucional Criminal Procedure” 3. ed, Boston, NY, Toronto, London, Advisory Borrad, 1995, p. 1433ss.

¹⁴ La STC 11/1984, de 29 de noviembre ha negado valor a la distinción entre acto-público o privado equiparando ambos en la perspectiva que nos ocupa.

¹⁵ El art. 391bis CPP italiano regula la “inutilizzabilita” de la información obtenida a través de entrevistas del abogado a testigos, en determinadas circunstancias.

¹⁶ Sentencias del TS de 17 de Enero de 1990, confirmada en 2004 (S.de 23 de marzo) las actuaciones de alguien sin conexión con el proceso sólo pueden ser declaradas ilegales cumpliendo dos requisitos: 1) la ilegalidad tiene que haber sido cometida por la persona que la denunció a las acusadores, estando relacionada con éstas (detective a sus órdenes, por ej) y 2) la ilegalidad debió cometerse con el fin de usarla en el proceso.

¹⁷ Ilicitud declarada derivada de una interceptación de comunicaciones de uruguayos en Italia. Caso 12.614, L.J.U., T.109, Montevideo, año 1994.

¹⁸ La “Cour de cassation” acepta las pruebas obtenidas por sujetos privados infringiendo el código penal: Cass. crim. 6 avril 1993, JCP 1993.II.22144, note M.-L Rassat, y Cass. crim. 11 mai 2004, JCP 2004.II.10124, note. C.GIRAULT.

¹⁹ El “testing” consiste en una provocación por sujetos privados no policías (se cita el caso de miembros de

siempre y cuando la prueba se someta a contradicción en el juicio (art. 427,2 CPP francés) y la ilicitud cometida no sea de gravedad²⁰. Ello no obstante hay que hacer notar que incluso en éste último país se abre la discusión a las actuaciones privadas ordenadas por la policía²¹. En este último sentido Holanda ofrece una doctrina particularmente desarrollada: aplicando la regla de exclusión a las confesiones a policías infiltrados, salvo que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad lo impidan²²; en tanto no es así a las conductas privadas, a las que afectan las reglas de la responsabilidad civil y penal, en su caso²³.

- c) Desde el punto de vista de *a quien beneficie la ilicitud cometida*, se plantea si la prohibición de admisión o valoración de la prueba ilícita debería tener, como única excepción, aquellos casos en que los resultados beneficien al imputado o acusado²⁴ o incluso a aquel que nada ha tenido que ver con la ilicitud²⁵. A tenor de esta última distinción, la prueba de descargo debería quedar excluida, de forma que cuando en virtud de la misma se demostrara la inocencia se aceptaría aún a pesar de su carácter ilícito. Con todo, ni la doctrina es unánime al respecto, ni la cuestión puede resolverse sin mayores matices²⁶. Deben ponderarse, al menos, los intereses en juego de manera que se garantice, cómo mínimo, que ningún inocente será condenado²⁷. Cabría diferenciar, en éste sentido, entre otorgar una plena eficacia que sirviera para perseguir a un eventual culpable distinto o limitar aquella a demostrar la inocencia del inculpaado o a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo²⁸; o a discriminar, cuando los elementos de descargo se han obtenido vulnerando el derecho fundamental del propio imputado, en cuyo supuesto le beneficiaría, y cuando infringen el

asociaciones antirracistas que simulan conductas racistas en las entradas de discotecas en Francia). Vid. J. COLLET-ASKRI, “Testing or not testing? La Chambre criminelle de la tour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyale...”, Dalloz, 2003, jurisprudente, p. 1309-1314.

²⁰ C.AMBROISE-CASTEROT, *Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du Graal de la Vérite*, AJ Pénal, Nr. 7-8/2005, pp. p. 265.

²¹ Cass.Crim. 11 mai 2006, Bull.crim. n° 132.

²² HR March 9, 2004, NJ 2004, 263.

²³ La responsabilidad civil se aplica a tenor de tres reglas que gradúan la relevancia según se aprovechen determinadas posiciones (robo de documentos de un testigo); se atente contra derechos especialmente protegidos (la intimidad, la propiedad...); o se infrinjan reglas no escritas que rigen el funcionamiento de la sociedad civil.

²⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida” en AAVV “La prueba en el proceso penal II”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 158ss.

²⁵ De la OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas” en “Tribunales de Justicia”, Agosto-Septiembre 2003, p.10.

²⁶ SILVA MELERO, V, “La prueba...”, cit. p.10; CORDERO ,F, “Prove illecite nel processo penale” en “Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale”, 1961, p.541; RUIZ VADILLO, E, “La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales”, en AAVV, “La prueba en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p.1249, entre otros se muestran claramente a favor.

²⁷ FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Las reglas del juego...”, cit. p. 158-159.

²⁸ CACHÓN VILLAR, P., “La prueba ilícitamente obtenida (reflexiones en torno al art. 11.1 LOPJ)”, en “Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria””, n.1, 1 de junio de 1991, p.58.

derecho de un tercero, hipótesis en la que no sería así²⁹. En Brasil, la doctrina defiende la aplicación de la prueba ilícita “pro reo” como aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa³⁰.

- d) El criterio de *prohibición probatoria* conduce a los *casos de norma legal expresa de carácter prohibitivo*;

En España, como en Argentina, Alemania³¹, Cuba³²; México³³ o Uruguay³⁴ y en la gran mayoría de los países, existen prohibiciones legales de carácter singular, que atienden a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba, prohibiendo las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza³⁵; interrogatorios largos que puedan hacer perder la necesaria serenidad en el juicio³⁶ o determinados métodos en los interrogatorios³⁷.

Junto a éstas existen *prohibiciones referidas al objeto de investigación o prueba*, como los secretos oficiales; el testimonio prestado por funcionarios cuando no puedan declarar sin violar el secreto que están obligados a guardar en razón de sus cargos o cuando procediendo en virtud de obediencia debida, no fueran autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida³⁸.

Y por último, existen *prohibiciones* más concretas, referidas únicamente a *determinados medios de prueba*, como la prohibición de testificar en el proceso penal atendiendo a: la propia

²⁹ RODRÍGUEZ SOL, L, “Registro domiciliario y prueba ilícita”, Edit. Comares, Granada 1998.

³⁰ PELLEGRINI, SCARANACE Y MAGALHAES, “As nulidades no processo penal”, 9 ed; Sao Pablo, 2006, Parte II, T.III, Capt.IX, Sec.II. Se cita el caso de quien grava sus propias conversaciones como método para probar su inocencia, circunstancia que excluye la antijuridicidad.

³¹ Beweisthemaverbote (prohibición de prueba sobre determinados objetos) pgf. 93 StGB, o ppggff. 54.61 BBG, entre otros. Beweismethodenverbote (prohibición sobre métodos de prueba) pgf. 136 a StPO; y Beweismittelverbote (prohibición sobre determinadas fuentes de prueba) ppggff. 52 ff StPO o 55 StPO. cfr. EISENBERG, cit. Rn. 338, 347 y 349.

³² La Constitución Socialista de 1976 prohíbe ejercer violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar, sancionando con la nulidad toda declaración obtenida infringiendo esta norma, y este mandato se recoge en el art. 166 Ley de Procedimiento penal.

³³ Arts. 87; 127bis y 134if CFPP, sobre las condiciones de la declaración del inculpado.

³⁴ La Constitución de Uruguay en su art. 20 prohíbe utilizar la coacción, amenaza o promesa, así como imponer al imputado promesa o juramento de decir verdad. Tal disposición se recoge en el CPP, arts. 213 y 220. Cfr. GUARIGLIA, F, “Las prohibiciones probatorias” en “El nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 16ss.

³⁵ Art. 389,2º y 3º LECrim.

³⁶ Art. 393 LECrim.

³⁷ Art. 396.2 LECrim.

³⁸ Art. 417,2º LECrim.

calidad del testigo³⁹; su parentesco con el inculpado⁴⁰; su profesión (sacerdote; ser funcionario público; ser abogado; ser procurador; miembro del MF; o juez o magistrado; o los testimonios de referencia en las causas de injurias y calumnias “ex” art. 813 LECrim⁴¹ .

- e) Un último criterio, de singular importancia, como veremos, atiende al *carácter de las normas vulneradas* distinguiendo, entre normas procesales que forman parte de la conocida como legalidad ordinaria o normas constitucionales. En el primer caso se habla también de “pruebas irregulares”, en tanto se reserva la calificación de “prueba ilícita” para las segundas. Respecto de las primeras existe acuerdo en definir las como aquellas en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se han practicado sin respetar las normas procesales correspondientes; las segundas caen de lleno en la discusión sobre si la prueba ilícita debe extenderse o no a las pruebas irregulares, y a si -aún circunscribiéndose a la vulneración de normas y derechos fundamentales- debe diferenciarse entre derechos fundamentales absolutos y relativos; cuando la vulneración afecta a la obtención de la fuente de prueba y cuando incide en su incorporación y producción en el proceso; hasta discriminar también entre si la vulneración afecta a derechos fundamentales sustantivos o procesales.

Así, en Argentina y Chile, la nota que permite calificar una prueba como ilícita es la afectación de garantías constitucionales⁴². Ejemplo paradigmático de esta última afirmación es Portugal, a tenor de cuya configuración legal, la prohibición probatoria, categoría específica de la ilicitud, se reduce a la hipótesis en que se vulneran derechos fundamentales, configuración que no impide, empero, que se diluyan los efectos o no⁴³. Y en menor medida: Alemania⁴⁴;

³⁹ No deben comparecer y declarar: el Rey, su Consorte, el Príncipe heredero y el Regente del Reino (art. 411 LECrim).

⁴⁰ Están exentos de la obligación de testificar aquellos cuya declaración perjudique al declarante o a un pariente próximo (art. 418 LECrim). Además, aquellos que tengan la relación de parentesco que se regula en el art. 410 LECrim (arts. 416.1 y 707 LECrim) y SSTS 28 de noviembre de 1996; de 26 de mayo de 1999; y entre otras, de 6 de abril de 2001. En Argentina, los arts. 242 y 243 CPP de la Nación, prohíben declarar en contra del imputado o determinados parientes, salvo que el delito aparezca cometido en su contra o en el de un pariente de igual o próximo grado.

⁴¹ Respectivamente, arts. 417.1 LECrim; art. 417.2 LECrim; art. 416.2 LECrim; art. 438.2 LOPJ; art. 50 EOMF; art. 396 LOPJ. También en Argentina, art. 244 CPP de la Nación.

⁴² En Argentina debe distinguirse la legislación federal en la que, a tenor del art. 168 2do CPPN, solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente. En los códigos más recientes, la legislación determina expresamente la nota distintiva de la ilicitud probatoria (art. 211 CPP Bs.As); art. 207 CPPMz; art. 194, 1ª CPP Cba). En Chile el art. 276 CPP contempla, como causa de exclusión o inadmisión de la prueba, haberse obtenido con inobservancia de las “garantías fundamentales”.

⁴³ De hecho, la autonomía concedida a la prueba ilícita configura, en opinión de COSTA ANDRADE, M (Sobre as proibições de prova em processo penal; Coimbra Editora, 1992, p. 192) un sistema normativo propio, pues los problemas y soluciones constituyen un “prius” normativo.

⁴⁴ Cabe apreciar la existencia de prueba ilícita por infracción de normas reguladoras de la prueba (Parágrafo 136 a III StPO).

Bélgica⁴⁵; Francia; Holanda⁴⁶ o Italia.

No existe tal vinculación en Brasil, si bien existe un proyecto y una tendencia en esa dirección⁴⁷; en tanto en Colombia la conexión puede existir por transgredir derechos fundamentales, postulados en general en normas constitucionales, pero sin que ello impida, no obstante, la apreciación por vulneración de la legalidad ordinaria. En México el Código Federal no establece vinculación expresa, aunque otros Códigos reformados recientemente sí lo hacen⁴⁸. De otro lado, la regulación de muchos países europeos contempla, como regla general la ausencia de conexión, circunstancia que no impide establecer tal ligamen por los respectivos tribunales, muy especialmente a la hora de fijar las consecuencias de la ilicitud, mayores si se infringe un derecho fundamental, menores si se trata de los derechos recogidos en las normas que conforman la legalidad ordinaria.

2. La prueba ilícita un concepto y configuración variable.

Visto todo lo anterior no resulta extraño que el concepto de prueba ilícita no sea aceptado unánimemente, o por expresarlo mejor, no se le atribuye un significado idéntico.

La existencia de un régimen legal da pie a un concepto normativo, si bien esto sucede en pocos países: Holanda en el art. 359⁸ WvSv; Italia a través de la “inutilizabilidad” (art. 191 CPP); o Chile en el art. 276 del CPP de 2000⁴⁹. Resulta más frecuente la inexistencia de dicho régimen legal, operando en su lugar una concepción jurisprudencial o doctrinal con mayor o menor apoyatura en diferentes preceptos.

Más excepcional todavía es la inclusión de la prohibición de prueba ilícita en la Constitución, como sucede en Brasil⁵⁰ y Portugal⁵¹, o Colombia, que comprende la regla de exclusión en la “violación del debido proceso”⁵², configuración derivada del art. 8.3 Convención

⁴⁵ La infracción de derechos fundamentales constituye un motivo pero no el único.

⁴⁶ La falta absoluta de imbricación no impide, sin embargo, que la jurisprudencia en su amplio margen de valoración no acuda a tal relación, al igual que lo hace a la Convención Europea y al concepto de “fair trial” del art. 6 CEDDHH.

⁴⁷ Se trata del *Projeto de Lei do Executivo 4.205/01* que concibe la prueba ilícita como la obtenida violando un principio o norma constitucionales. Hasta entonces y a pesar de que la prueba ilícita se contiene en el art. 5 LVI de la Constitución, no existe regulación infraconstitucional al respecto.

⁴⁸ Así, por ej, el art. 19 del CPP de Chihuahua que señala que no tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de derechos fundamentales de las personas.

⁴⁹ El art. 276 CPP desde 2000 anuda la ilicitud probatoria a la “inobservancia de garantías fundamentales”

⁵⁰ Art. 5º, inciso LVI de la Constitución Federal a cuyo tenor: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:....LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

⁵¹ El art. 32 de la Constitución de Portugal prohíbe : *todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción u*

americana de derechos humanos; el art. 10 Convención Interamericana; y el art. 69.7 Estatuto de Roma; y que quizás por eso, coincide con la perspectiva del TEDHH sobre el “proceso justo”⁵³.

Otros países, como México en su regulación federal, a falta de normativa expresa, acuden al principio de legalidad a tenor del catálogo de derechos fundamentales o garantías individuales (art. 14 y 16 de la Constitución de los Estados Unidos de México), en tanto las normas en el ámbito de los Estados Federados reformadas en las últimas décadas van incorporando el concepto de prueba ilícita aunque sin mayor desarrollo legal⁵⁴. Algo semejante a Argentina, donde no existe previsión legal expresa en el Código Nacional, ni en el de la mayoría de los que se aplican en muchas Provincias, si bien las más recientes reformas sí contemplan disposiciones legales expresas al respecto⁵⁵. Y en idénticas circunstancias, Alemania distingue entre “pruebas prohibidas legalmente” y “reglas de exclusión”, sin que se precise conexión alguna con la vulneración de derechos fundamentales (el art. 136a III StPO anuda la prueba ilícita a la infracción de normas reguladora de prueba); tal como hace Uruguay⁵⁶; Bélgica⁵⁷; o Francia⁵⁸.

En España, por ejemplo, se utilizan términos como “prueba ilícita”; “prueba prohibida”; “prueba irregular” o “prueba ilegal”, refiriéndolo a circunstancias diversas. Se detecta así un *concepto amplio de prueba ilícita*, cuya nota común es configurarla más allá de la obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales y otro calificado de *estricto*, que se

ofensa de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva de la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones.

⁵² En Colombia, el art. 29 declara nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁵³ Vid. *Infra*. II. 1.

⁵⁴ CPP de Coahuila (arts 5 y 183). Esta es la línea que seguirán otros Códigos pendientes de reforma siguiendo la estela de los EEUU (Chihuahua; Oaxaca) y los proyectos de discusión de Zacatecas y Aguas calientes.

⁵⁵ Art. 211 CPP de Buenos Aires; Art. 207 CPP de Mendoza; y art. 194 1ra CPP de Córdoba.

⁵⁶ El CPP de Uruguay contiene limitaciones probatorias (art. 185 (coacción, amenazas o promesas); art. 213 (secuestro de cartas o documentos) o art. 220 (revelar secretos conocidos en razón de la profesión desempeñada).

⁵⁷ La Corte Suprema belga permite excluir las pruebas: infracciones sancionadas con nulidad; manipulaciones probatorias graves; y violación de derechos fundamentales.

⁵⁸ La llamada “*preuve illégale*” acoge tanto la violación de la regulación formal de la prueba (nulidades); la vulneración de derechos fundamentales, cuanto la quiebra del “principio de lealtad”, centrándose específicamente en éste último concepto como clave interpretativa determinante. El *principe de loyauté* en la búsqueda de pruebas es una creación jurisprudencial en atención al cual el Estado renuncia a determinados métodos en la lucha contra la criminalidad o los regula específicamente (provocaciones policiales (Cass.crim.2 octubre 1979, Bull.crim.nº 266); o entradas y registros nocturnos, limitados a los casos de criminalidad organizada, a tenor de lo prescrito en los arts. 706-89 CPP (*Si les nécessités de l'enquête de flagrance relative à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser, selon les modalités prévues par l'article 706-92, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction soient opérées en dehors des heures prévues par l'article 59*). Con arreglo a éste principio, no sólo se renuncia a determinados métodos sino que aquellos previstos se someten a determinadas exigencias en su aportación al proceso, como ser sometidos a contradicción (Cass.crim.13 octubre 2004, cit.).

circunscribe a la infracción de derechos fundamentales⁵⁹. Desde la primera perspectiva, para la prueba cuya obtención o práctica se infringen derechos fundamentales se reserva el calificativo de “prueba prohibida”⁶⁰. Esta concepción relega el concepto de *prueba irregular* a las pruebas generadas con vulneración de normas de rango ordinario. La corriente minoritaria es la partidaria de una *concepción amplia* que comprende en la ilicitud tanto la violación de derechos fundamentales cuanto de infracción de la legalidad procesal ordinaria; exigencias que no impiden, sin embargo, a la hora de valorar los efectos, de dicha prueba ilícita, circunscribir la inadmisibilidad e ineficacia de los medios probatorios a los casos de violación de derechos fundamentales⁶¹.

C). Reacciones pendulares

La variabilidad del concepto y la configuración de la prueba ilícita tienen mucho que ver con la tensión ya mencionada entre la tutela de bienes esenciales para la sociedad a través del proceso penal y las garantías exigidas, bien para limitar los derechos fundamentales, bien para adoptar medidas necesarias para alcanzar aquellos fines.

Esta tensión se incrementa en circunstancias de gran inseguridad ciudadana que suelen

⁵⁹ Entre quienes defienden un “concepto amplio”, CONSO para quien toda norma relativa a fuentes o medios de prueba penales se dirigen a garantizar el derecho de defensa del imputado, de modo que toda infracción debe estimarse como prueba ilícita, en la medida que infringe el “derecho a un proceso con todas las garantías” “Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale” en “Revista di Diritto Processuale”, 1970, p.1ss.; y en igual sentido LOPEZ BARJA DE QUIROGA, “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, ed. Akal, Madrid, 1989, aunque este autor defiende el término “prueba prohibida” como más general y adecuado para todos los supuestos. Con una orientación semejante DEVIS ECHANDIA amplía la ilicitud probatoria a la violación de cualquier tipo o categoría de norma jurídica, incluso de principios generales del derecho “Teoría general de la prueba judicial”, T.I, 5ª ed. Victor P. de Zabala, ed. Buenos Aires, 1981, p.539. Desde una “perspectiva más estricta”, está muy extendida la posición que limita el concepto de “prueba ilícita” a la obtenida con violación de derechos fundamentales, reservando otros conceptos, como el de “prueba prohibida” a las violaciones de toda norma o derecho fundamental; GONZALEZ MONTES, J.L. “La prueba obtenida ilícitamente con violación de derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)” en “Revista de Derecho Procesal”, 1990, n.1.pp. 31ss. Una visión general reciente en ARMENTA DEU, T, “Prueba ilícita y reforma del proceso penal” en Revista del Poder Judicial, nº especial (Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, XIX, 2006, pp. 177-211.

⁶⁰ En una primera aproximación, el Tribunal Constitucional parece acogerse a un concepto estricto de prueba ilícita que ciñe su aplicación a los derechos fundamentales, al declarar la inadmisibilidad procesal de los medios de prueba obtenidos violentando derechos o libertades fundamentales. Esta es la línea interpretadora que inauguró la STC 114/1984, de 29 de noviembre, aunque tal hermenéutica no es unánime ha sido objeto de relevantes cambios de orientación, como ampliaré al tratar de la eficacia procesal

⁶¹ STS de 29 de marzo de 1990 (Ar. 2647). Con esta orientación cabría diferenciar, a su vez, entre la violación de derechos constitucionales sustantivos y derechos constitucionales procesales, entendiendo éstos últimos como aquellos reconducibles al art. 24 CE, frecuentemente las garantías de intermediación y contradicción. Para un importante sector jurisprudencial, la infracción de derechos fundamentales de contenido procesal no da origen en sentido estricto a una ilicitud probatoria, sino a la nulidad de la prueba al amparo del régimen general de las nulidades procesales (art. 238.3 LOPJ).

conducir a un endurecimiento en la persecución criminal y muy frecuentemente a una dilución de las garantías. Sucesos como los del 11 S; el 11 M o el 7 J y sus consecuencias constituyen un ejemplo que no requiere de mayores explicaciones.

Así se percibe, por poner un ejemplo diferente a la “Patriotic Act”, en Francia con la “loi n° 2004-204 du 9 mars 2004” reconociendo nuevos poderes coercitivos a la policía; la nueva redacción de los arts. 706-81 al 2 y 706-93 CPP, referentes a los registros sin consentimiento del morador; los agentes infiltrados en materia de crimen organizado; o finalmente, las nulidades del art. 100-5 al 3 CPP, sobre transcripción de intervenciones telefónicas (ley n° 2005-1549, de 12 de diciembre de 2005).

Paralelamente se observan efectos pendulares en la justicia, que en periodos de menor incidencia mediática en torno a la inseguridad ciudadana “abre la mano” y muestra una mayor sensibilidad para preservar las garantías individuales; en tanto el incremento de la criminalidad, singularmente en materia terrorista, aunque también como reacción a la percepción de un cierto “hipergarantismo”, provocan reacciones en sentido contrario con diversas manifestaciones: reducir el ámbito de aplicación de la doctrina sobre “prueba ilícita”; aumentar las exigencias para su aplicación o incorporar doctrinas atemperadoras más causalistas u objetivas, como la conexión de antijuridicidad; la buena fe del transgresor, el descubrimiento inevitable; el nexo causal atenuado; o la “fuente independiente”, entre las más conocidas.

Todas estas consideraciones inciden directamente en el siguiente epígrafe que acomete las consecuencias de la ilicitud probatoria.

3. Eficacia de la prueba ilícita

Como se ha podido comprobar, gran parte de la delimitación del concepto de prueba ilícita y desde luego las diversas discusiones al respecto se proyectan sobre las consecuencias de dicha ilicitud, es decir, sobre la eficacia o más bien ineficacia procesal anudada a la reiterada ilicitud. De manera diferente, algún ordenamiento, singularmente el de los EEUU, contemplan la “exclusionary rule” como un instrumento básico de disuasión frente a determinadas conductas de la policía⁶².

Con independencia de este concreto aspecto, el arco de consecuencias derivadas al apreciar la ilicitud probatoria abarca, desde la nulidad absoluta y consecuente exclusión, hasta la permanencia y eventual subsanación o la mera declaración de irregularidad.

⁶² Aunque esta finalidad disuasoria se ha negado reiteradamente por el Tribunal Constitucional español al fundamentar su doctrina sobre prueba ilícita, como en tantos otros países, no sólo EEUU, tal objetivo resulta innegable aunque sea de forma indirecta.

Para aquellos ordenamientos que engloban toda irregularidad procesal en la violación de derechos fundamentales, cualquier prueba viciada carece de eficacia, efecto que se traslada a todas las derivadas de ella. Si, con otro criterio, se restringe el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales, ese efecto radical se predica sólo de ellas, reservando a la nulidad constituir el remedio procesal frente a las pruebas viciadas por defectos procesales que vulneran la legalidad ordinaria, siempre que además hubieran provocado efectiva indefensión.

La cuestión podría plantearse en los siguientes términos: ¿la prueba ilícita puede declararse inadmisibile excluyéndola radicalmente del proceso? O es mejor que se incorpore a éste y, en todo caso, si se aprecia, se prohíba su valoración, impidiendo en todo caso fundar una sentencia de condena.

Las respuestas conforman un abanico entre: a) prohibir la valoración si se violentaron derechos o libertades fundamentales, lo que equivale a constituir una garantía constitucional de naturaleza procesal que se proyecta sólo sobre derechos de contenido sustantivo; b) extender el efecto excluyente a la vulneración de derechos fundamentales de derecho procesal; o c) dejar fuera de la exclusión aquellos supuestos en que la fuente de prueba se ha obtenido o el medio de prueba se ha practicado vulnerando la legalidad ordinaria o infringiendo normas procesales, pero sin violentar derechos fundamentales, lo que remite su tratamiento a las nulidades.

La exclusión tiene mucho que ver, asimismo, con el tratamiento procesal que reciba la prueba ilícita: Si este tiene lugar en la fase investigadora, la consecuencia será la exclusión absoluta del proceso, de manera que el órgano juzgador no conocerá de su existencia. No siendo así o negándose tal radicalidad, podrá examinarse al inicio del juicio o al dictar sentencia; en el primer supuesto aún cabría su exclusión; en el segundo, los efectos se limitan a no poder ser valorada para fundamentar una condena.

Siguiendo la línea conductora del ordenamiento español, por abarcar en ésta materia, un amplio espectro de los posibles efectos, la jurisprudencia especialmente del Tribunal Constitucional, no reconoció hasta 1984 la garantía constitucional de la inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas.

Con posterioridad se fue abriendo camino la doctrina de la ilicitud de la prueba, si bien oscilando entre las diversas posiciones, singularmente aquellas que defienden su total erradicación ya desde la propia admisión, hasta otras que la sitúan en la fase de valoración de la prueba; aunque siempre limitadas a que dicha conducta haya vulnerado algún derecho fundamental⁶³.

⁶³ STC 114/1984 (RTC 1984/114), F.J.n. 5. Tal configuración no reconoce un derecho fundamental autónomo a

En el caso de vulneración puede constatarse la exigencia prioritaria de atender a la plena efectividad de los repetidos derechos fundamentales, relegando a un segundo plano los intereses ligados a la fase probatoria del proceso». De esta manera, la infracción de las normas procesales que regulan la obtención de la prueba comporta una simple irregularidad procesal, a no ser que la norma procesal infringida sirva de garantía de un derecho fundamental, como cuando la única prueba de cargo tiene un origen ilícito, y admitirla como apta para enervar la presunción de inocencia vulneraría el derecho a un procedimiento con todas las garantías y a la igualdad de las partes (Auto de 18 de junio de 1992) (caso Naseiro)⁶⁴.

La orientación así iniciada no es, sin embargo, lineal. Determinadas resoluciones que han derivado en impunidades en casos de relevancia pública, problemas operativos en las investigaciones generadores de inevitables frustraciones (particularmente en materia relacionada con el tráfico de drogas y casos de corrupción política) y una línea jurisprudencial no siempre uniforme en cuestiones relativas a los presupuestos que deben observarse en la limitación de derechos fundamentales (entradas y registros, como los efectos de la ausencia del Secretario judicial, o intervenciones telefónicas y corporales) han vuelto a poner en evidencia la tensión entre los principios de legalidad y proporcionalidad y la búsqueda de la verdad material y la plena protección de los derechos fundamentales y otros derechos merecedores de tutela jurídica.

Para acometer el complejo tema de las consecuencias de la prueba ilícita, Italia ha acuñado el concepto de la *inutilizzabilità* que es un tipo de invalidez que actúa directamente, no sobre el acto, sino sobre su valor probatorio. A través del mismo la ilicitud probatoria se separa de la nulidad, circunscribiéndose a la admisión y la valoración de los medios de prueba (art. 191 CPP italiano)⁶⁵.

Francia, sin embargo, centra los efectos en las nulidades conforme a lo dispuesto en los arts. 171 CPP y 802 CPP, creando un mecanismo de control sobre “las formalidades esenciales” entendidas éstas como aquellas inherentes a la constitución de la medida o a los derechos de acusadores y acusado. Las diversas consecuencias varían en atención a un doble parámetro: a)

la no recepción de las pruebas de posible origen antijurídico, sino que *se trata de la expresión de una garantía objetiva implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos.* (...).

⁶⁴ La imposibilidad de estimación procesal de la prueba ilícita puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos; es decir, que aunque la hipotética recepción de una prueba lograda antijurídicamente no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamental, tampoco debe descartarse en abstracto esta afectación y la consiguiente lesión, pero se producirá sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE).

⁶⁵ Su tratamiento procesal, en *Infra*. 4.

según se trate de ilicitud, prohibiciones o simples irregularidades, y b) según se declare en un proceso sin instrucción o no. Con arreglo al primer parámetro la jurisprudencia francesa sigue una línea interpretativa similar a la española, dejando los casos de irregularidades a la libre apreciación del tribunal (ex art. 427 CPP). A tenor del segundo parámetro, si el proceso careció de instrucción, la fuente o acto probatorio permanecerá en los autos hasta su eventual anulación en el juicio, “in limine litis” (art. 385 CPP). Si la ilicitud se cuestiona en un proceso con instrucción, el efecto es su exclusión que sólo podrá realizar la Cámara de Instrucción.

La nulidad es asimismo el concepto utilizado en Portugal (arts. 126 CPP y 32.8 CRP) acarreado su no utilización⁶⁶. No utilización, que afectando a un derecho fundamental, provocará su inadmisión; en tanto no siendo así, aún admitiéndose, tampoco será susceptible de valoración para fundar una condena⁶⁷. Parejo efecto se produce en Bélgica y Argentina, donde tal declaración impide toda valoración posterior cualquiera que sea la etapa procesal en que se dicte el pronunciamiento⁶⁸. Brasil, a falta de norma expresa para la exclusión, hoy por hoy⁶⁹, acude a la erradicación de documentos falsos, ex art. 145.IV CPP⁷⁰. En Uruguay, las nulidades son relativas y en principio y como regla general sanables a través de impugnaciones,

⁶⁶ *Son nulas no pudiendo ser utilizadas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción o en general, ofensa de la integridad física o moral de las personas. Son ofensivas de la integridad física o moral de las personas las pruebas obtenidas, incluso con su consentimiento, mediante: a) perturbación de la libertad de voluntad o de decisión a través de malos tratos, ofensas corporales, administración de medios de cualquier naturaleza, hipnosis o utilización de medios crueles o engañosos; b) perturbación, por cualquier medio, de la capacidad de memoria o de avaluación; c) utilización de la fuerza, fuera de los casos y de los límites permitidos por la ley; d) amenaza con medida legalmente inadmisibles y, bien así, con la denegación o condicionamiento de la obtención de beneficio legalmente previsto; e) promesa de recompensa legalmente inadmisibles».*

⁶⁷ La jurisprudencia transita entre la validez y la nulidad e incluso la inexistencia del medio de prueba en cuestión (intervención telefónica por ejemplo) reservando los efectos excluyentes a que queden afectados derechos fundamentales. Vid STJ de 17 de junio de 2004 (<http://www.dgsi.pt>); SS del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002 y 9 de julio de 2003 (www.stj.pt); y SS del Tribunal Constitucional, 407/97; 299/01, y 163/03 (www.dgi.pt), especialmente la S.Relacao de Guimarães, de 10 de enero de 2005.

⁶⁸ Art. 172 1er. p. del CPPN: La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan. Art. 194 2do. p. del CPPCba.: La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella. Art. 207 2do p. del CPPMza.: la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia de ella. En los Códigos de procedimiento acusatorio, la posibilidad de su aplicación es más elástica. En el proyecto de C.P.P. para la Provincia de Corrientes hay una previsión expresa “Art. 21 Exclusiones: Los actos que vulneren garantías consagradas por la Constitución Nacional, los Pactos internacionales que tienen su misma Jerarquía (art. 75 inc. 22 C.N.) y la Constitución de la Provincia, carecen de toda eficacia probatoria. La ineficiencia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, fueron consecuencia necesaria del acto excluido; a menos que se hubiera podido acceder a la información que ellas aportan por una fuente independiente de investigación”.

⁶⁹ Existe un “Proyecto de Lei do ejecutivo 4.205/01, que sí lo contempla.

⁷⁰ Vid. PELLEGRINI GRINOVER, A.; SCRANCE FERNÁNDEZ, A.; y MAGALHAES FILHO, A. “As nulidades no processo penal”, 9ª ed, Brasil, 2006, pp. T.III; Capítulo IX, Sección II (Provas Ilícitas); SCARANCE FERNÁNDEZ, A “Processo penal constitucional”, 4 ed., Sao Paulo, 2005, Parte II, n.7.6.

salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, lo que no se contempla en materia de prueba ilícita.

Si Francia destaca por el gran respeto al principio de libre valoración de los medios probatorios reconocidos a los juzgadores, Holanda ofrece, en este aspecto, el espectro más amplio: a tenor del art. 359 WsSv, apreciada la ilicitud y dependiendo de su gravedad, el Tribunal enjuiciador puede: corregir el error; incluir una declaración de ilicitud en el veredicto sin mayores consecuencias; reducir la condena; excluir el medio de prueba; o archivar el proceso⁷¹.

Un segundo frente se abre en torno a los efectos indirectos o reflejos de la prueba ilícita.

A) *Extensión y/o límites de la prohibición de valoración de la prueba ilícita; efectos indirectos; “doctrina de los frutos del árbol envenenado” y “doctrina de la conexión de antijuridicidad.*

Si la regulación legal de la prueba ilícita es ciertamente escasa, aún lo es más cuando no inexistente la normativa sobre la eficacia refleja de aquella. En este orden de cosas se observa una jurisprudencia, que enfrentada a los problemas concretos, fija líneas interpretativas oscilantes entre admitir los efectos reflejos o excluyentes para las pruebas derivadas, negarlos radicalmente, o atender a los diferentes casos aplicando tesis atemperadoras para evitar la exclusión.

Este es el caso de Alemania donde la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado viene discutiéndose durante años⁷², o Italia, cuya jurisprudencia se divide entre quienes niegan su aplicación o la reconocen tímidamente en supuestos de nexo funcional de dependencia expresamente previstos por la ley (entrada y registro, por ejemplo) o en otros en que la motivación de una prueba se refiere expresamente al antecedente legítimo⁷³. Argentina, por su parte, ofrece un panorama más restrictivo en los llamados “Códigos mixtos” y más amplio, esto es, más favorable a la exclusión en los llamados “Códigos acusatorios”, aunque en general los tribunales son reacios a su incorporación⁷⁴. En cuanto a Chile sólo se incorpora el efecto excluyente directo, sin hacer referencia al indirecto o reflejo, en tanto, por otra parte, la proximidad de la reforma impide la existencia de doctrina jurisprudencial al respecto⁷⁵.

⁷¹ Tratamiento procesal en Infra. 4.

⁷² EISENBERG, Rn. 403ff; ROXIN pgf 24, Rn 47.

⁷³ En el art. 191 CPP italiano donde se recoge la inutilizabilidad como efecto directo no se menciona la derivada. En tanto, la jurisprudencia se divide en dos sectores: el que niega los efectos indirectos en la medida en que falta su previsión legal; y el que los admite cuando se presenta el citado nexo funcional de dependencia legalmente establecido, como sucede entre la entrada y registro. Con todo el desarrollo de esta doctrina es todavía escaso.

⁷⁴ Vid. MILL de PEREYRA, Rita: *Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal*, en “Problemas actuales del proceso iberoamericano” (Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), T.II, pp. 3335-367; así como su Ponencia Nacional sobre Argentina.

La jurisprudencia en Holanda incorpora la “exclusionary rule” y simultáneamente el uso de las tesis atemperadoras, aunque debe destacarse la aminoración en el recurso a la doctrina de la “conexión causal” (*required casual link*) por entender tal conexión debilitada en casos como la confesión del acusado sin haberle advertido previamente de su derecho a permanecer en silencio, o la entrada y registro consentido por el detenido ilegalmente. Una orientación semejante se observa en Portugal, cuya doctrina interpreta que la literalidad del art. 32.8 de la Constitución de la República portuguesa alberga base suficiente para la prohibición de valorar todas las pruebas contaminadas por el veneno del método prohibido al no circunscribir la prohibición a las directamente obtenidas⁷⁶. Con todo, tal interpretación no implica que se imponga el *efeito-à-distancia*, de manera que habrá que acudir a la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado; la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, así como el bien jurídico o interés sacrificado; el sujeto pasivo de la vulneración, etc.. La doctrina propone y la jurisprudencia acoge discriminar entre vulneración de las condiciones de admisibilidad y los requisitos procedimentales a la hora de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad⁷⁷.

En Colombia ésta tendencia se ha consagrado legalmente: el art. 23 CPP incorpora la

⁷⁵ ZAPATA, M^a F, “La prueba ilícita” con prólogo de Raúl Tavolari, Ed. Lexis Nexos, Stgo 2004.

⁷⁶ COSTA ANDRADE, M., “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra editora, 1992, p. 196.

⁷⁷ La S. del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2004, señala: *cuando, como en el caso, la nulidad del medio utilizado (la intervención telefónica) no vulnera los requisitos y condiciones de admisibilidad (art 187º del CPP) sino los requisitos formales de las correspondientes «operaciones». (...), aún siendo esta modalidad igualmente prohibida (art 126º, 1 y 3 y art 189º del CPP), menos agresiva del contenido esencial de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones (art 34º, 4 de la Constitución), la optimización y la concordancia práctica de los intereses en conflicto (inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas versus «verdad material» y punición de los culpables...podrá reclamar la limitación- con base en los principios de necesidad y de proporcionalidad – de los intereses individuales, aunque constituyan emanaciones de los derechos fundamentales, que no contengan directamente con la garantía de la dignidad de la persona humana». Lo más destacable de esta sentencia es que trata de determinar con claridad en qué casos es o no posible proceder a la exclusión del efecto expansivo *dominó* contaminante de la prueba ilegítimamente obtenida a las restantes pruebas. Afirmando que se produce la contaminación de las pruebas restantes (efecto indirecto o reflejo) «cuando está en juego la garantía de la dignidad de la persona humana –como en el caso de utilización de la tortura para obtener una confesión- ninguna transacción es posible, otorgándose a tal garantía un carácter predominante absoluto en cualquier conflicto con el interés...(Figueiredo Dias, Para uma nova justiça penal- para uma reforma global do processo penal português, Almedina, 1983, p. 206 e ss)». A tal efecto, se indica que «ahí, no se podrá invocar la necesidad de ponderación de los intereses en conflicto y la validez de las pruebas consecuentes» ni negarse «la llamada doctrina alemana «fernwirkung des Beweiserbots» o americana «fruit of the poisonous tree» con (el mal) argumento de que prevalece la verdad material y la punición de un real culpable (Rogall), porque así acabarían por prevalecer intereses relativos frente al valor absoluto de la dignidad humana». En cambio, «ante intereses individuales que no contienen directamente con la garantía de la dignidad de la persona humana, ya deberá aceptarse – diferentemente de lo que sucede con el 1º vector- que tales intereses – aunque emanaciones de los derechos fundamentales puedan ser limitados atendiendo a los intereses en conflicto». Dicha opción jurisprudencial, eminentemente operativa, recibe, según señala la misma, los aportes de derecho comparado, por un lado a través de la importación de la*

regla de exclusión⁷⁸, pero a la vez contempla de forma expresa las reglas atemperadoras de dichos efectos excluyentes⁷⁹. Dirección que se propone en Brasil en el “Projeto de Lei do Ejecutivo 4.205/01”, cuyo art. 157 propone reconocer también tales efectos reflejos, si bien con la atemperación –consagrada legalmente- que supone aplicar las doctrinas de la “fuente independiente” y el “conocimiento inevitable”⁸⁰.

No recogen el efecto excluyente de las pruebas obtenidas indirectamente por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado: Cuba, ni México en su Código federal.

España incorporó en 1985 el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que constituye la primera mención expresa a la prueba ilícita y conforme al cual: *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*. Esta redacción, propicia el planteamiento de la eficacia indirecta o refleja de la ilicitud probatoria, que puede formularse así: ¿la prueba ilícita arrastra a todas las pruebas que aún obtenidas o practicadas de forma lícita tienen su origen en la primera?

La evolución sobre el reconocimiento de estos efectos reflejos transcurre entre una fase de aplicación generosa que derivó en un efecto pendular hacia diversas excepciones a aquellas, a través de la aplicación de la llamada doctrina de la conexión de antijuridicidad, reacción en buena medida anunciada con la admisión de excepciones a la aplicación de doctrinas causalistas (“frutos del árbol envenenado”) mediante otras conexas con la doctrina de la “imputación objetiva” (“el descubrimiento inevitable”; “el nexo causal atenuado”; “la fuente independiente” y “la buena fe del transgresor”⁸¹); hermenéuticas menos utilizadas en España debido a casi hegemónica aplicación de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”.

terminología utilizada (fruit of the poisonous tree, Fernwirkung des Beweis verbots,...), y por otro de la recepción de la distinción realizada por ROXIN: prohibiciones de valoración probatoria independientes (imposibles de valorar cuando lesionan la dignidad humana) y dependientes (sin prohibición de valoración cuando hay mera inobservancia de los presupuestos formales)

⁷⁸ Art. 23: *Claúsula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.*

⁷⁹ Art. 455 CPP: *Nulidad derivada de prueba ilícita. Para los efectos del art. 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado; la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.*

⁸⁰ El art. 157 del citado Proyecto reza así: *São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.*

⁸¹ Como es conocido, con arreglo a la doctrina del *descubrimiento inevitable* el efecto excluyente se obvia para aquellas pruebas que en caso de no haberse cometido la primera ilicitud, habrían sido en todo caso encontradas con arreglo al propio curso de las investigaciones. La doctrina de la *fuentes independiente* impide aplicar la

Con arreglo a la teoría de la “conexión de antijuridicidad” (auténtico punto de inflexión hacia posiciones restrictivas) para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba lícita y la prueba derivada lícita, sino que se precisa además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental; del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. Lo que en términos del TC acarrea examinar el caso desde una “perspectiva interna” y otra “perspectiva externa”: La primera acomete la relevancia, desde el punto de vista de la causalidad, entre la vulneración del derecho fundamental y los efectos que conlleva directa e indirectamente. A partir de ahí, la perspectiva externa atiende a la perspectiva del examen de las necesidades de tutela del propio derecho fundamental (secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc...) de manera que exceptuar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene origen en otra contraria al derecho fundamental en cuestión, no signifique, en modo alguno, incentivar la comisión de infracciones del repetido derecho fundamental, privándole así de una garantía indispensable para su efectividad⁸².

B) Aspectos críticos de la doctrina de la conexión de antijuridicidad y recurso a otras tesis

doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando no existe una vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posteriore/s. En cuanto a la doctrina de *la irregularidad saneada*, la existencia de un nexo causal muy debilitado permite dejar de extender la ineficacia (STS de 28 de abril de 1995 (Carrero Ramos)). En este caso, el verdadero motivo de la validación probatoria del hallazgo casual de droga en una entrada y registro que no se había autorizado para investigar ese delito, sino otro contra la propiedad, y que en la diligencia se hallaba presente la juez de guardia asistida por la secretaria judicial, razón por la cual no fue necesario «el formulismo de exigir la suspensión de la diligencia de registro para recabar una autorización judicial o una nueva resolución extensiva a la autorización de otros delitos». Aunque la prueba válida no provenía de «fuente independiente» sino de la misma (entrada y registro) el nexo causal entre ambos está tan debilitado por la presencia judicial que la menor ilicitud queda saneada. Finalmente, “la doctrina de la buena fe del transgresor” elimina el efecto excluyente en atención a la creencia fundada y razonable de estar obrando lícitamente, lo que echa por tierra el efecto disuasorio de la regla de exclusión.

⁸² Este análisis se reconduce, en definitiva, a la correcta aplicación de las garantías de la limitación del derecho fundamental. Si se considera que se vulneraron frontalmente tales garantías (ausencia de resolución judicial, resolución carente por completo de motivación, por ejemplo) deberá estimarse que la apreciación de la prueba basada indirectamente en fuente ilícitamente obtenida contribuye a enervar la necesidad de tutela del derecho fundamental. Si, por el contrario, no existe tal vulneración, sino una simple irregularidad (ausencia en el auto que permite la intervención telefónica de datos objetivos, más allá de las simples sospechas, por ejemplo) la necesidad de tutela del derecho fundamental (en este caso, el secreto de las comunicaciones) se entenderá suficientemente satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba originada directamente por la intervención, aquella directamente constitutiva de la lesión, sin necesidad de extender la prohibición a las pruebas derivadas. Por acudir a un ejemplo, la STC de 2 de abril de 1998 versaba sobre unas escuchas ilegales a partir de la cuales se producía posteriormente una entrada y registro a domicilio legal. Atendidas las circunstancias del caso (la persona estaba sometida a vigilancia policial; era sujeto de sospechas y, además, mediante la intervención telefónica sólo se supo que iba a realizar una visita), el TC consideró que la información obtenida a través de la intervención telefónica posee un “valor neutro” respecto de la aprehensión de la droga en el domicilio que se hubiera conocido inevitablemente. Se valora, así, “roto el nexo entre la prueba originaria y derivada”.

atemperadoras.

No han faltado críticas doctrinales hacia la repetida doctrina, que denuncian la práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y desde esta perspectiva: la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional; la insuficiencia del argumento conforme al cual los derechos fundamentales no son absolutos, lo que permite excepcionar la garantía de exclusión; la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado; la insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales⁸³; o la indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales en lo relativo a la presunción de inocencia e inadmisión de prueba ilícita. La propia jurisprudencia, que difícilmente puede ser unidireccional si se piensa en la variedad de casos y la propia diversidad de orientaciones y sensibilidades existentes, no deja de alertar sobre la doctrina de la conexión de antijuridicidad: por su orientación teleológica⁸⁴, y por el riesgo de que constituya una fórmula originadora de fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 LOPJ y con ella la regla de exclusión⁸⁵.

De hecho, desde 1988 y pese a que la aplicación de esta teoría exige una adecuación caso por caso, los tribunales han ido sentando una serie de parámetros que sirven para definir la existencia o no de la referida conexión de antijuridicidad, y ante su ausencia, las directrices para aplicar otras teorías atemperadoras⁸⁶

Finalmente, a partir de una sentencia de 18 de julio de 2002 se reiteran los peligros de aplicar la doctrina de la conexión de antijuridicidad acríticamente, utilizando como punto de lanza casos discutidos como la declaración de falta de validez de la confesión del imputado a

⁸³ DÍAZ CABIALE, J.A. y MARTÍNEZ MORALES, R. “La teoría de la conexión de antijuridicidad” en Estudios, “Justicia Democrática”, y más en profundidad, de los mismos autores “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Civitas, Madrid, 2001, “passim”.

⁸⁴ (...) *Puesto que con ella se trata de circunscribir la incidencia de la previsión del art. 11.1º LOPJ, de recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone ninguna restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como indirectos* (STS 28/2003 (RJ 926/2003); FJ Cuarto). En el mismo sentido, entre otras: STS 1203/2002 (RJ 2002/7997).

⁸⁵ STS 1985/1578, RJ 2635; y entre otras muchas posteriores, la repetidamente citada STS 1203/2002 (RJ 2002/7997)..

⁸⁶ En varias resoluciones se ha entendido que no resulta aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado si los agentes públicos actuaron de buena fe, o lo que es lo mismo, en la convicción de respetar la legalidad y los derechos del imputado; se niega asimismo la eficacia refleja de la ilicitud cuando resulta de aplicación la llamada “teoría de la fuente independiente”, esto es, cuando no exista vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posteriores; 2) se acude también a la noción de “descubrimiento inevitable”; y 3) finalmente, se considera que la propia confesión del acusado en el juicio “sana” posibles ilicitudes previas, siempre que sea voluntaria y libre, para lo que resulta imprescindible que se le haya informado de la ilicitud de las otras pruebas obrantes en la causa.

partir de medidas realizadas ilícitamente⁸⁷, rechazando la objetivización, y volviendo en buena medida a tesis causalistas, que suponen la aplicación del fundamento de la doctrina estadounidense sobre el efecto disuasor de la sanción de nulidad como acicate frente a la tendencia de los poderes públicos de valerse de transgresiones para la obtención de medios de prueba ilícitos: Se aplican así otras doctrinas como: “la ilicitud de la fuente de conocimiento”⁸⁸; “la licitud de la confesión informada”⁸⁹; o “el conocimiento de la ilicitud probable”⁹⁰. O en casos de posesión de droga en los que se recurre a la “teoría sobre la mínima dosis psicoactiva”⁹¹.

Como la citada, la jurisprudencia de otros países es inabarcable y fluctúa entre posiciones de amplia acogida de la regla de exclusión de efectos directos e indirectos a otras de práctico cierre a dicha aplicación, ya directamente, ya a través de la creciente ampliación de teorías que –valga el juego de palabras– excluyen la exclusión. La situación mundial y los diferentes focos de inseguridad (guerras; terrorismo; criminalidad organizada y globalizada; amén de situaciones socio-políticas más particulares) ofrecen campos más que suficientes al arco de actuaciones ya señalado.

⁸⁷ STS de 17 de enero de 2003 que niega también eficacia probatoria a las declaraciones del imputado obtenida a partir de una entrada y registro realizada sin estar presente el interesado, detenido por la policía; STS de 22 de enero de 2003 (exclusión de la declaración del imputado por intervención y registro ilícitos).

⁸⁸ SSTS 1203/2002, de 18 de julio; 9998/2002, de 3 de junio; 1259/2002, de 3 de julio; 28/2003, de 17 de Enero; y 58/2003, de 22 de Enero. A partir de diferenciar entre “prueba diferente”, pero derivada de la ilícitamente obtenida y “prueba independiente” sin conexión causal con la ilícita; niega efecto alguno a las primeras por incorporar el conocimiento a través de una vulneración constitucional. Así, las pruebas indirectas son nulas por una cuestión de mera causalidad natural, en tanto si tal causalidad no existe, la validez provendrá de la propia confesión del imputado.

⁸⁹ SSTS 160/2003; 408/2003, de 4 de abril; 1451/2003, de 26 de noviembre; 59/2004, de 22 de Enero; y 339/2004, de 16 de marzo. A tenor de tal doctrina, la falta de aplicación de la regla de exclusión vendría supeditada, a que quien confiesa conozca la ilicitud de la diligencia y la falta de eficacia probatoria de la evidencia ilícita, salvo que pese a ello, el acusado confiese. Se percibe en esta doctrina la clara influencia del caso *Wong vs. EEUU*, según señala la propia STS 1451/2003, de 26 de noviembre.

⁹⁰ SSTS 498/2003, de 24 de abril; 1670/2003, de 8 de marzo; 205/2004, de 18 de febrero; 339/2004, de 16 de marzo; y 1263/2004, de 2 de noviembre. Esta doctrina busca una posición intermedia entre la posición del TC sobre la plena autonomía de la confesión frente a la prueba ilícita y las dos doctrina anteriormente citadas tendentes a apreciar la irradiación de la antijuridicidad de la prueba originaria a la confesión del imputado por la confrontación con la evidencia derivada de aquella. En tal dirección se desplaza la valoración de la libertad en la prestación de declaración autoinculpatorio a la posibilidad efectiva de acceso a la información que se ponga a disposición del acusado y su defensa previamente a prestar declaración.

⁹¹ Se aplica a los casos en que la sola confesión, independientemente de los hallazgos obtenidos gracias a la fuente de conocimiento, unida a otras posibles pruebas directas o indiciarias, permite tener por probados los hechos objeto de acusación, mas aún, en los delitos en los que la evidencia misma –el objeto del delito– compromete su existencia (tenencia ilícita de armas; tráfico de drogas...).

4. Tratamiento procesal de la ilicitud probatoria

El momento y mecanismo a través del cual corresponde poner de manifiesto la ilicitud probatoria no es cuestión baladí.

Que pueda llevarse a cabo un tratamiento previo en la instrucción, determina, entre otras cuestiones, acordar o no medidas cautelares o imputar a alguien sobre la base de datos obtenidos de manera ilícita. Paralelamente, también determina la posible exclusión de la fuente ilícita evitando así una indeseable contaminación del órgano juzgador, aunque para ello deba pagarse el precio de no contar en tal momento con el concurso de otras fuentes o medios de prueba, que pueden conducir a aplicar el principio de proporcionalidad o permitir el juego de una doctrina atemperadora de la causalidad más estricta, cuando no limitar el derecho de defensa, inexistente o muy incipiente en dicha fase en algunos sistemas procesales. Por otro lado, a tenor de la configuración de la fase instructora o su ausencia, faltará la jurisdiccionalidad en tal declaración de exclusión en aquellos sistemas que la encomiendan al fiscal. Finalmente, la ilicitud en las diligencias de investigación pueden constituir o dar soporte a la acusación, y de ahí que tenga incidencia el órgano que dirige tal fase, quien a resultas de la decisión judicial sobre la ilicitud, puede resolver no acusar; en tanto de no ser así, la exclusión puede sustraer conocimientos relevantes y eventualmente merma en el derecho de defensa, si se rechaza su incorporación al proceso y consecuentemente su valoración por el órgano enjuiciador.

El tratamiento procesal enfrenta, de hecho, dos intereses contrapuestos, aquél que defiende la exclusión más temprana para evitar los prejuicios derivados del conocimiento, y aquel conforme al cual corresponde a la fase judicial el conocimiento completo de lo acaecido y recabado en las fases previas, en aras a la garantía jurisdiccional y el más pleno ejercicio del derecho de defensa.

Entrando ya en las diferentes regulaciones legales, a partir de la regla general conforme a la cual, la exclusión supone un quehacer jurisdiccional, la mayoría de ordenamientos exigen la declaración de un órgano jurisdiccional, o en todo caso, una revisión judicial de la resolución excluyente.

Pueden diferenciarse, así, diferentes procedimientos. En primer término, aquellos países que carecen de instrucción jurisdiccional (bien como regla: Brasil; Chile; bien según los procesos, como en Francia) abordan el tratamiento de la ilicitud probatoria como presupuesto para el ejercicio de la acusación de manera legítima y eficaz. La ilicitud de las medidas adoptadas –no se trata en esta sede de pruebas propiamente hablando⁹²– se examinan mayoritariamente por el órgano que dirige la investigación a fin de establecer su relevancia para el sostenimiento de la acción.

⁹² Aunque para una mayor fluidez en el discurso se utilice el término prueba para las diligencias policiales, éstas no

Otros, precisamente por corresponder a una labor enjuiciadora, niegan la exclusión total en la fase investigadora, de manera que no sea posible hasta el juicio, si bien cabrá resolver tal extremo inmediatamente después de abrir la fase de enjuiciamiento; o de no estar previsto un trámite procesal al efecto, al dictar sentencia y motivando suficientemente la ausencia de valoración de la prueba excluida. Así sucede en Bélgica⁹³, Francia⁹⁴ y Holanda, donde el tratamiento previo se estima dilatorio y limitador del ejercicio del derecho de defensa en el juicio, donde procede dilucidar tal extremo más propiamente⁹⁵. Portugal contempla el uso de la fase intermedia (*instrução*) como medio y momento idóneo en el trámite de la admisión de las pruebas⁹⁶; o a falta de aquella, en la fase preliminar de la audiencia de alegación de artículos de previo pronunciamiento (*questoes prévias ou incidentais*)⁹⁷.

Alemania opta por un tratamiento en el seno del juicio, aunque debe precisarse que en caso de instrucción fiscal, si la ilicitud se detecta por aquél y estima que puede perjudicar la acusación podrá optar por no acusar; en tanto, tratándose de instrucción judicial, la Cámara de acusación puede depurar la investigación eliminando actuaciones o documentos nulos por obtención ilícita (art. 235bis pgf.5 StPO). En el juicio, la declaración de ilicitud constituye una exclusión virtual de la prueba del proceso, de manera que no cabe valorarla; ello no obstante, la exclusión no se materializa y no puede descartarse que pueda influir en la decisión final.

En Brasil (sin fase instructora judicial ni intermedia), existe un tratamiento previo, a través de su denuncia mediante el “habeas corpus”, implicando el archivo si es determinante para la acusación; ahora bien, no siendo así o no estimándose por el fiscal o la policía, no supone la

son sino fuentes que se integrarán o transformaran en su caso en el correspondiente medio de prueba en el juicio. Cfr. ARMENTA DEU, T, “Lecciones de derecho procesal”, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Lección trece (la prueba).

⁹³ En la fase investigadora no se prevé la exclusión, debiéndose incorporar todas las diligencias a los autos; sólo cabe tal exclusión, para evitar contaminar el enjuiciamiento, en los casos de investigación judicial, si resulta confirmada por la Cámara de acusación (art. 235,5 CPP). Abierto el juicio, la valoración de la ilicitud se deja a la libre apreciación del juez al valorar las pruebas.

⁹⁴ El CPP francés contempla la posibilidad de declaración de oficio en los procesos más graves –aquellos que sí tienen fase investigadora– resultando inviable para aquellos que carecen de fase investigadora judicial (art. 385,1 CPP). Las partes también podrán solicitar declaración de nulidad de la prueba ilícita de diferentes órganos, según si existe o no instrucción. Los efectos excluyentes también varían: si hubo instrucción será la Cámara quien declare tal efecto; de no ser así, permanece en los autos, y si constituye un caso de nulidad deberá resolverse al inicio del mismo (delitos menos graves, sin instrucción) o, el proceso seguirá su curso y el juez –advertido sobre la denuncia de ilicitud– valorará libremente (*principe de la liberté de la preuve*, art. 427 CPP).

⁹⁵ Cabe un tratamiento previo excepcionalmente: 1) a través del “habeas corpus” en la detención; 2) en el examen previo al juicio sobre la suficiencia de las pruebas recabadas en la investigación; 3) cuando el fiscal revisa el quehacer policial.

⁹⁶ A partir de los arts. 292; 296; 302 y 308 CPP.

⁹⁷ Art. 338 CPP, que permite resolver previamente la alegación de vulneración de derechos fundamentales al comienzo de las sesiones del juicio oral, *in voce*, sin exigir una resolución tardía y extensa; o remitiéndola al final a discreción del juez.

exclusión, de manera que se incorpora al juicio para su control judicial. Igual tratamiento acaece en Cuba⁹⁸.

Si contemplan tal exclusión Chile y Colombia. En Chile, puede tener lugar en la denominada “audiencia de preparación del juicio oral”, en presencia del “juez de garantías” y con la preceptiva asistencia del fiscal y el abogado defensor. El juez debe resolver sobre la exclusión, distinguiéndose a partir de ahí, entre quien propuso la prueba: si fue el fiscal, cabe apelación ante la *Corte de apelaciones*, que si confirma la exclusión puede determinar el archivo del caso, cuando el fiscal considere la prueba esencial para sostener la acusación. Tratándose de prueba propuesta por la acusación particular no hay recurso de apelación, sin perjuicio de poder recurrir en nulidad contra la resolución final (art. 277 CPP). Tratamiento semejante se percibe en Colombia, donde las medidas ilícitas pueden excluirse por el fiscal, quien deberá informar al juez de garantías⁹⁹, en la *Audiencia de control de legalidad*¹⁰⁰; en la *Audiencia preparatoria del juicio oral*¹⁰¹; en el juicio y en fase de recurso de casación (art. 181 CPP).

Italia y Portugal contemplan un tratamiento igualmente amplio en el tiempo. La *inutilizzabilita* o la nulidad determinan la exclusión. En Italia si la ilicitud se percibe en el sumario (en el *interrogatorio di garanzia* o en la *udienza preliminare*) el juez puede ignorar el medio de prueba, pero no expulsarlo del procedimiento. Y si es en el juicio, dependiendo del procedimiento deberá excluirse en la admisión. En Portugal, puede detectarse en la instrucción (*inquérito*) o en la fase intermedia (*instrução*) o durante el juicio, dependiendo de la evidencia en la ilicitud y consiguiente nulidad e inutilizabilidad.

Francia, a partir de la aplicación del principio “quien es responsable de los actos no puede ser competente para declarar su nulidad”, discrimina entre los procesos sin instrucción y el resto. En los primeros, el juego de dicho principio impide extraer la diligencia ilícita del “dossier”¹⁰². En los procesos con instrucción judicial, tratándose de casos de nulidad, cabrá declararlo en tal sentido y el juzgador que corrobore tal extremo excluirá por completo el medio de prueba “in limine litis”. En España la falta de regulación legal ha conducido a

⁹⁸ El fiscal revisa el quehacer policial, pero puede extraer las diligencias de la investigación. Máxime cuando la actividad del fiscal no está sujeta a control judicial.

⁹⁹ Art. 212 CPP, 2004.

¹⁰⁰ Se concibe como un control específico para salvaguardar el respeto de la legalidad en la limitación de derechos fundamentales (registros; allanamientos; retención de correspondencia; interceptación de comunicaciones; recuperación de información en Internet....(art. 237 CPP).

¹⁰¹ Fase inmediatamente anterior a la fase del juicio oral, tras la audiencia de acusación (art. 337ss CPP, y el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 344 CPP). En ella, el art. 360 CPP señala expresamente: *El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.*

¹⁰² Se podrá reclamar por la ilicitud a la *Chambre de l’Instruction* (art. 181 CPP).

recurrir a diversos instrumentos creados para otros fines, que en todo caso resultan insuficientes para una configuración que supone la vulneración de derechos fundamentales, merecedora de otorgarles la máxima efectividad¹⁰³.

México no contempla en su regulación federal un tratamiento específico, ni en fase previa ni al inicio del juicio oral: El examen sobre las denuncias de ilicitud se remite a la valoración de la prueba¹⁰⁴. Y algo semejante sucede en Uruguay¹⁰⁵.

En lo relativo a quien puede poner de manifiesto la ilicitud, la mayoría de ordenamientos prevén tanto su denuncia a instancia de parte, cuanto la declaración “ex officio”, por tratarse, en éste último caso, de un supuesto incorporado a las nulidades: Argentina¹⁰⁶, Bélgica¹⁰⁷; España¹⁰⁸; Italia. Brasil contempla dicha exclusión de oficio, no por tratarse de un supuesto de nulidad, sino de inadmisibilidad de la prueba. De no haberse percibido así, la denuncia puede provenir tanto del fiscal al revisar el quehacer policial, cuanto de las partes a través de “habeas corpus”, según la fase procesal, solicitando o no el archivo dependiendo de su relevancia para la acusación. La naturaleza jurisdiccional de la declaración impide efectuarla al fiscal en aquellos países donde éste dirige la investigación (Alemania¹⁰⁹; Colombia; Holanda¹¹⁰)

En Francia los supuestos de declaración de la ilicitud “ex officio” se ciñen a la “Cámara de Instrucción”, pudiendo hacerlo según resulte competente en virtud únicamente de una denuncia de nulidad *ex art.* 174.1 CPP (art. 175 CPP), o estando obligada si conoce del total del

¹⁰³ En el procedimiento abreviado, se suele utilizar el turno oral de cuestiones previas, al inicio del juicio, para poner de manifiesto la ilicitud probatoria; En el caso del procedimiento ordinario, se ha dado encaje a la alegación de ilicitud dentro del cauce escrito de los artículos de previo pronunciamiento, cuyo contenido en principio tasado se ha visto ampliado por la jurisprudencia; y En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, también se utiliza a tal fin el turno escrito de cuestiones previas, cuando se comparece ante el Magistrado Presidente. Sobre el cariz de dicha nueva regulación puede verse: ARMENTA DEU, T, “Prueba ilícita y reforma del proceso penal” en “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Número Especial de la Revista del Poder Judicial, 2006, pp. 177-211.

¹⁰⁴ Códigos más recientes, como el de Chihuahua parecen seguir la línea Chilena y Colombiana, abriendo un periodo específico antes del juicio.

¹⁰⁵ Aunque teóricamente se afirma que la inadmisibilidad puede plantearse en cualquier fase del proceso, la recepción de la prueba se considera el más adecuado, y no acaeciendo ahí al ir a dictar sentencia excluyéndola de la valoración, motivando suficientemente conforme la previsión legal genérica (art. 245,2º CPP).

¹⁰⁶ Art. Art. 186.2 CPP Cba; art. 199 CPPMza; y art. 203,2 CPPBs.As.

¹⁰⁷ Art. 235bis, pgf.5 CPP.

¹⁰⁸ Si bien se discute sobre la potestad del tribunal de apreciar de oficio la ilicitud probatoria cuando el imputado no la ha suscitado. La relevancia constitucional permite sostener la inexistencia de preclusiones en éste ámbito. De acogerse la ilicitud en un sentido más amplio, el tratamiento a través de las nulidades puede conducir a la imposibilidad de alegación tardía, de oficio, y a instancia de parte. Idéntica discusión se plantea en Portugal, vid, SS del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 (BMJ nº 444, p. 358); 9 de octubre de 1998; 9 de julio de 2003 (BMJ nº 480, p. 292); y STJ de 17 de junio de 2004 (www.stj.pt).

¹⁰⁹ Pgf. 244, III, 1 StPO.

¹¹⁰ Art. 359 WvSv.

“dossier” instructor. También las partes pueden denunciarlo, “ex art. 385” CPP en procesos sin instrucción; y a tenor del repetido art. 170 CPP en los procesos con tal fase, teniendo un plazo de veinte días desde que se cerró la instrucción¹¹¹ o de seis meses en el juicio¹¹². E igual facultad para denunciar la ilicitud poseen el fiscal y el juez de instrucción (art. 173, 1 y 2 CPP). Debe señalarse que las partes deben acreditar su interés en la declaración de nulidad, exigencia que ha supuesto la condena de Francia por el TEDDHH en algún supuesto de escuchas telefónicas¹¹³.

Chile contempla únicamente la declaración de ilicitud previa instancia de parte.

II. ELEMENTO PARA EL CONTRASTE.

Doctrina del Tribunal de Derechos Humanos

A diferencia del sistema de los EEUU de Norteamérica y las *exclusionary rules*, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acude a la valoración conjunta de la prueba, lícita e ilícita, para ponderar a partir de ahí la existencia de un proceso justo en el que la eventual condena del acusado resulte fruto de un proceso de tales características.

Un conjunto de casos y resoluciones entre los que destacan: *Adolf vs. Austria* (de 26 de marzo de 1982); *De Cubre vs. Bélgica* (de 12 de julio de 1988); *Schenk vs. Suiza* (de 16 de diciembre de 1992); *Khan vs. Reino Unido* (de 12 de mayo de 2000); *P.G. y J.H. vs. Reino Unido* (de 25 de septiembre de 2001); *Allan vs. Reino Unido* (de 5 de noviembre de 2002); y más recientemente *Jalloh vs. Alemania* (de 11 de julio de 2006); permiten extraer la siguiente *doctrina jurisprudencial*:

- Aunque la Convención europea de Derechos del hombre, consagra en su art. 6 el derecho a un proceso justo (“équitable”); no dedica ningún precepto a la admisibilidad de las pruebas, para lo que se remite al derecho interno de cada país;
- De ahí, que el ámbito objetivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no abarque la incorrecta admisión de pruebas en el proceso, sino que debe limitarse a revisar si éste en su conjunto (incluyendo la forma de incorporación de medios de prueba) reviste un carácter justo (“équitable”)¹¹⁴;
- Desde esta perspectiva, se reconoce el efecto excluyente por resultar contrarias a la

¹¹¹ Art. 175 CPP.

¹¹² Art. 173.1 CPP.

¹¹³ Se trata de *Lambert vs. Francia* (CEDH 24 de agosto de 1998). Los tribunales franceses negaron legitimidad al Sr. Lambert por no ser el sujeto pasivo de la intervención telefónica cuya nulidad se requería.

¹¹⁴ Un reciente estudio es el de BEERNAERT, Marie-Aude, “La Recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Court Européenne des droits de l’homme”, en *Rev. trim. dr. h.* (69/2007), p. 80

exigencia de un proceso justo: a) las pruebas obtenidas a partir de una provocación policial¹¹⁵ o; b) violando el derecho del acusado a permanecer en silencio y a no declarar contra si mismo¹¹⁶;

- En cuanto a la inadmisibilidad de la prueba ilícita más allá de éstos supuestos y recordando siempre el ámbito objetivo al que ciñe su conocimiento el TEDDHH, la jurisprudencia en sus pronunciamientos distingue, cuando la ilicitud: 1) viola el derecho interno; 2) vulnera el art. 8 de la CEDDH; o, 3) infringe el art. 3 de la CEDDH.
- 1) Si la violación fue de derecho interno, no es suficiente para el efecto excluyente. Se exige, además: que no haya resultado posible contradecir el resultado de la prueba ilícita; y que hubiera constituido la única prueba determinante de la condena.
 - 2) Si la ilicitud vulnera el art. 8 CEDDH, en tres diferentes resoluciones (Khan vs. RU, de 12 de mayo de 2000; P.J. y J.H. vs RU, de 25 de septiembre de 2001 y Allan vs. RU, de 5 de noviembre de 2002) del TEDDHH, “salva” el fallo sometido a su conocimiento, o lo que es lo mismo, niega el efecto excluyente de la ilicitud denunciada por quebrantar el art. 8 CEDDHH. Debe destacarse la existencia de opiniones disidentes de varios miembros del Tribunal, sosteniendo la imposibilidad de un proceso equitativo en el sentido del art. 6 CEDDH habiéndose violado un derecho reconocido en la CEDDH, concretamente el art. 8¹¹⁷; máxime si como sucedió, además, era la única prueba de cargo¹¹⁸;
 - 3) Finalmente, el TEDDH recoge la prohibición de aceptar elementos probatorios obtenidos a través de tortura¹¹⁹. Ahora bien, a la hora de resolver el caso Jalloh vs. Alemania, de 11 de julio de 2006, califica el trato sufrido por el primero como inhumano y degradante pero no constitutivo de torturas. A tal efecto se acoge a dos criterios: que la infracción del art. 3 no era particularmente grave, y que los medios probatorios así obtenidos resultaban determinantes para la condena.

¹¹⁵ Texeira de Castro v. Portugal, de 9 de junio de 1998 y Vayans vs. Rusia, de 15 de diciembre de 2005. La presencia de un agente infiltrado, por el contrario, no supone en si misma violación del proceso equitativo, Ludi vs Suiza, de 15 de junio de 1992; Sequeiro vs. Portugal, de 6 de mayo de 2003, y entre otras, Eurofinacom. Vs. Francia, de 7 de septiembre de 2004.

¹¹⁶ Entre muchas resoluciones, de las primeras: K, vs. Austria, de 13 de octubre de 1992; donde se declaró que el derecho a la no autoincriminación forma parte esencial del proceso equitativo; y posteriormente: Funke vs. Francia, de 25 de febrero de 1993; Quinn vs. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000; J.B. vs. Suiza, de 3 de mayo de 2001; Weh vs Austria, de 8 de julio de 2004; y Shannon vs. RU, de 4 de octubre de 2005.

¹¹⁷ Los jueces disidentes eran: Loucaides; Tulkens; Pettiti; Spielmann; De Meyer y Carrillo Salcedo. El art. 8 protege el derecho a la intimidad y al secreto de la correspondencia, excepcionándose únicamente en atención a la seguridad nacional; la salvación pública; la economía nacional; la prevención criminal; la protección de la salud o la moral o de los derechos y libertades de otros.

¹¹⁸ A juicio del juez Loucaides, el término equitativo que figura en el art. 6 CEDDH exige la exclusión de pruebas obtenidas violando el derecho a la vida privada garantizado por el art. 8 CEDH como corolario de aquél.

¹¹⁹ Semejante prohibición figura en el art. 15 Convención de las Naciones Unidas.

Al igual que en el supuesto previo, ésta última resolución ha sido duramente criticada desde una doble perspectiva: a) por negar que la obtención de pruebas mediante actos inhumanos y degradantes no implica automáticamente la calificación del proceso como injusto (*inequitable*); y b) por dibujar una fina y confusa línea que propicie el aprovechamiento de trasgresiones del art. 3 CEDDH que permitan condenas fundadas en tales tratos inhumanos y degradantes, sin merecer la calificación de “torturas”¹²⁰.

III. TENDENCIAS EN OTROS ÁMBITOS

1. Los EEUU de Norteamérica

Acudiendo a un símil tan poco ingenioso como expresivo, si la prueba ilícita ha seguido la estela de los EEUU de Norteamérica como motor, la realidad actual es la desaceleración absoluta hasta casi el apagón total del mismo¹²¹.

La reciente sentencia *Hudson vs. Michigan* viene a confirmar una tendencia detectada en las últimas décadas, a partir de otra conocida resolución *Mapp vs. Ohio*¹²², en una dirección tal que hasta se llega a cuestionar la pervivencia de la repetida regla de exclusión

La Corte Suprema estadounidense en la citada sentencia *Hudson vs. Michigan* señala que: *no se puede asumir que la exclusión en el contexto actual ofrece efectos disuasorios necesarios simplemente porque hace mucho tiempo consideramos que era un efecto disuasorio necesario. Ello implicaría forzar al público de hoy a pagar por los pecados e inadecuaciones de un régimen jurídico que existía hace casi 50 años (...)* por lo que sabemos, la responsabilidad civil -derivada del 42 U.S.C pgf. 1989 referente a la responsabilidad civil de los oficiales de policía por vulneraciones de derechos constitucionales- ofrece una disuasión efectiva en este ámbito al igual que lo hemos asumido en otros ámbitos.

Por otro lado, en relación con el reconocido efecto disuasorio que siempre se ha predicado en EEUU, se añade que existe una creciente profesionalización de las fuerzas policiales, incluyendo un nuevo énfasis en la disciplina policial interna.

¹²⁰ BEERNAERT, M-A, “La recevabilité des preuves...”, cit. p. 93.

¹²¹ Los datos esenciales provienen de la ponencia elaborada por el Dr. Carlos Gómez-Jara Díez, Profesor de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid) bajo el título “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso de Estados Unidos”.

¹²² Según nos señala Gómez-Jara Díez, C, “ob.cit. loc.cit: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Esta sentencia constituye uno de los ejemplos más relevantes del conocido *judicial activism* (activismo judicial) que tanto ha dado que hablar en aquel país, y que constituyó una seña de identidad de la Corte Suprema estadounidense presidida por el Juez Earl Warren –conocida comúnmente como la *Warren Court*.

Expresado en otros términos, la tendencia del país que opera como parangón mundial en materia de prueba ilícita, es la eliminación de la regla de exclusión, que será sustituida por remedios civiles o disciplinarios adecuados. Así, las pruebas ilícitas podrán valorarse en el juicio con independencia de las acciones civiles y/o disciplinarias que se ejerciten contra los agentes de policía (funcionarios públicos) que hayan obtenido dichos materiales probatorios ilícitos.

Esta evolución resulta perfectamente explicable desde la óptica estadounidense, en la medida en que si las funciones esenciales de la incorporación de dicha regla habían sido el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y la integridad judicial (*judicial integrity*) y tales objetivos pueden verse alcanzados por la creciente profesionalización de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la *Exclusionary Rule* no resulta necesaria.

Cuestión muy diversa es su traslación a países en los que el fundamento de la prueba ilícita no es ese, o incluso, cuando si lo es, si ,parafraseando el párrafo transcrito de la sentencia *Hudson vs Michigan*, cabe asumir el riesgo que conlleva tal erradicación sobre las futuras generaciones.

2. Tendencias en la Unión Europea

La Unión Europea carece actualmente de un ordenamiento común en materia procesal penal aunque éste sea uno de los objetivos del Consejo de Europa y muy específicamente del Consejo Europeo de Tampere, de 1999 dedicado exclusivamente al espacio de libertad, seguridad y justicia¹²³. Sin embargo, la existencia de otros instrumentos de ámbito de aplicación más restringido y de proyectos de armonización en materia de prueba permite siquiera ofrecer un breve apunte en ésta materia.

Destaca en este orden de cosas, la propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹²⁴. Esta propuesta es un paso más en la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en Europa¹²⁵. El EEP permitirá a órganos judiciales y MF de un Estado de la UE dirigir un exhorto requiriendo a un órgano judicial de otro Estado miembro que obtenga y transmita determinados elementos de prueba ya existentes y directamente disponibles. La autoridad judicial del Estado requerido

¹²³ La actividad en los últimos años ha sido ingente en diversos campos: protección a las víctimas; simplificación de la justicia penal; uso de los análisis de ADN, o problemas procesales penales relacionados con la tecnología de la información

¹²⁴ COM (2003) 688 final, de 14.11.2003.

¹²⁵ Hasta su aprobación la asistencia judicial en esta materia se rige por las disposiciones del Convenio de 20 de abril de 1959 sobre asistencia mutua en materia penal, elaborado por el Consejo de Europa (Serie Tratados, n.30).

reconocerá eficacia inmediata al exhorto y adoptará las medidas necesarias para la eficacia del mismo. La obtención de documentos, datos u objetos se realizará conforme a las previsiones legales del Estado de ejecución¹²⁶.

El ámbito objetivo de aplicación comprende las órdenes judiciales de registro e incautación de objetos y documentos, así como los requerimientos para la presentación de documentos u objetos necesarios y proporcionados al objeto de un proceso penal (art. 4). No se aplicará a medidas de instrucción procesal que impliquen la obtención de pruebas en tiempo real (intervenciones telefónicas o control de cuentas bancarias; toma de declaración de testigos y sospechosos, ni peritos).

Para expedir el EEP se exige una resolución judicial (art. 1.1) y que se cumplan las condiciones del art. 6, esto es, necesidad; proporcionalidad; que la medida sea conforme con la legislación del Estado emisor y que los objetos, documentos o datos sean admisibles como prueba en el proceso para el que se solicita.

Junto a ello, la propuesta de Decisión Marco EEP contempla un motivo obligatorio de denegación, cuando su cumplimiento infrinja el principio “ne bis in idem” y dos facultativos: si la ejecución infringe el principio “ne bis in idem” en un tercer Estado; o cuando una inmunidad o un privilegio conforme a la legislación del Estado requerido haga imposible ejecutar el EEP.

Sin poder entrar aquí en un análisis a fondo de este instrumento que indudablemente marca una línea entre las tendencias sobre el tema que nos ocupa¹²⁷; sí deben recogerse algunas críticas al texto que inciden en relación precisamente con el objeto de éste trabajo en la protección de los Derechos fundamentales y las garantías que deben concurrir para su legítima limitación:

El Parlamento Europeo en resolución sobre la propuesta de Decisión Marco EEP, elaboró la enmienda número 11, proponiendo añadir como motivos de denegación de la ejecución del EEP entre otros y por lo que a nuestro estudio afecta: b) si la ejecución del EEP contraviniera los Derechos Fundamentales reconocidos en las normas constitucionales del Estado de Ejecución; y c) cuando existan razones fundadas para creer que en el proceso para el cual se

¹²⁶ Con arreglo al mismo, en su estado puro, sin matizaciones, el Estado receptor (aquel en cuyo territorio ha de practicarse la prueba) renuncia a condicionar la validez de la misma a la adecuación al propio Derecho interno. Esta regla no se aplica, empero, a la asistencia judicial para la práctica de prueba. Existirá dicho reconocimiento cuando la práctica de la prueba en el Estado requerido se lleve a cabo con sujeción al Derecho de éste, pues entonces la utilización de la prueba en el Estado requirente exigirá que éste prescinda de condicionar su admisión o validez al cumplimiento de los requisitos establecidos en su propia legislación. Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G, “La formación del Espacio Judicial Europeo en materia penal” en AAVV “El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro”, Colex, Madrid, 2006, pp. 46ss.

¹²⁷ Vid, al efecto BACHMAIER WINTER, L, “El exhorto europeo de obtención de prueba en el proceso penal (Estudio y perspectivas de la propuesta de Decisión Marco)”, en AAVV, “El derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro”, Colex, Madrid, 2006, pp. 131ss.

emite el EEP no se respetarán los principios fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (derecho a un proceso justo; derecho a la vida y la protección de datos)¹²⁸. De hecho, se echa en falta un precepto especificando que el EEP se ejecutará únicamente si la intromisión en la esfera de los derechos a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio aparece suficientemente justificada a la luz del CEDDH¹²⁹

Por otro lado, en orden a facilitar la admisibilidad de los elementos de prueba, el art. 13 EEP prevé que el órgano requirente realice al órgano requerido algunas indicaciones para que se observen las formalidades o procedimientos expresamente indicados por el órgano requirente, a menos que sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado requerido. Así, por ejemplo, en lo relativo a entradas y registros o intervención de comunicaciones, cabe indicar que se añada algún requisito específico, como no entrar a partir de determinado momento, para preservar precisamente que pueda recaer en ilicitud. La dificultad de este precepto provendría del solapamiento normativo y las dificultades inherentes al rechazo, cuando no ignorancia, de los jueces para acomodar su actuación a normativas de otro país.

No debe ocultarse, por otro lado, el relativo bloqueo en que se encuentra el desarrollo iniciado en Tampere. En el complejo entramado normativo de la UE, la necesidad de que las decisiones marco y los Convenios entre Estados miembros precisen para su aprobación de la unanimidad del Consejo, ha conducido recientemente a la paralización de cuatro normas relevantes en la materia que nos ocupa, cuales son: la "Decisión marco sobre aproximación, reconocimiento mutuo y ejecución de penas en la Unión Europea"; La "Decisión marco sobre conflictos de jurisdicción y *ne bis in idem*"; la "Decisión marco sobre derechos procesales en el marco de los procesos penales" pendiente de texto normativo que recoja el compromiso de 2006; y la "Decisión marco sobre el llamado exhorto europeo de obtención de pruebas" al que se hecho referencia más extensa.

IV. A modo de reflexión final

El amplio análisis realizado pone de manifiesto la tremenda permeabilidad del tratamiento de la prueba ilícita a los vaivenes en materia de seguridad pública y muy destacadamente del incremento de acciones terroristas en los últimos tiempos. Pero no es la única cuestión a la que la regulación legal de esta institución resulta sensible. En épocas de menor convulsión también se han observado importantes reacciones pendulares ante la percepción de un aparente

¹²⁸ Se añade un primero: a) la existencia de motivos fundados para creer que el exhorto se emite con el fin de enjuiciar a una persona "por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual" o que la persona pueda resultar perjudicada por esos motivos.

¹²⁹ S. GLESS, "Eine akademische Kritik des "EU-Acquis" zur grenzüberschreitenden Beweissammlung" en "Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Union Policy", ERA-FORUM, SCRIPTA IURIS EUROPAEI, Traer, 2005, pp. 41ss.

hipergarantismo, como también ha sucedido como reacción frente a impunidades poco explicables para la opinión pública. Tanto en unas como en otras circunstancias puede afirmarse, que probablemente cualquier aproximación a la prueba ilícita debe asumir, ya inicialmente, que no existe un tratamiento perfecto, ni en el modo, ni en el tiempo, ni probablemente con vocación universal, para todos los supuestos; que cualquier planteamiento jurídico será indefectiblemente parcial e imperfecto. Sucede como con otras instituciones que se sitúan en el filo de la navaja: Los derechos y libertades en juego, el garantismo frente a la impunidad, frecuentemente enfrentados, conllevan un equilibrio inestable en el que difícilmente se alcanzará una solución satisfactoria: frente a la lesión injusta de los derechos del acusado o el uso ilegítimo del proceso, surge la posición de la víctima y la propia sociedad que ve pasear libre e impune al delincuente; frente a éstos sentimientos, la también impunidad de la policía que actuó antijurídicamente; frente a la búsqueda de la verdad como fin del proceso, que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio, y así sucesivamente. Todas estas circunstancias, sin embargo, no deben impedir fijar unos mínimos de cumplimiento inexcusable; muy al contrario, deben conocerse e integrarse como elementos básicos del necesario “test ponderativo” entre los derechos e intereses implicados y en el que tendrán una especial incidencia el recurso a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, a la hora de admitir sacrificios parciales de unos a favor de otros con miras al menor perjuicio en el resultado final. Con todo, hay que recordar que la fijación de tales mínimos no resulta suficiente: deben extenderse y comprender los presupuestos a que se someterán las limitaciones de derechos fundamentales, así como las relativas a garantizar las actuaciones policiales, ya sean previas al proceso, ya se incluyan en su fase investigadora, así como a su eventual incorporación al proceso. Sólo así se atenderá la salvaguarda de los derechos y libertades individuales implicados en la prueba ilícita, y paralelamente los de la sociedad en su conjunto.