

EXCLUSIONARY RULE: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EUROPA Y AMERICA¹

Teresa Armenta Deu²

Introducción, fundamento de la regla de exclusión.- 1. Perspectiva subjetiva: órganos oficiales; sujetos privados y agentes encubiertos e infiltrados.-2. Perspectiva objetiva: Objeto de prueba; Medios de prueba; Carácter de las normas vulneradas; Relevancia de los derechos fundamentales.-3. Exclusionary rule; prohibiciones probatorias; prohibiciones de uso; nulidades; “inutilizabilidad”.- 4. Ponderación de intereses: diversas teorías.-5 El momento para poner de manifiesto la ilicitud: diversas opciones.- 6. A modo de conclusión.

Introducción³

Desde una perspectiva general, la regla de exclusión plantea si para alcanzar una condena vale todo o si por el contrario existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y el derecho penal, desatendiendo el mandato social implícito en la realización de la ley penal a través del proceso. Expresado en otros términos, la obtención de una condena que cumpla y realice debidamente el derecho penal, pasa por enervar la presunción de inocencia mediante un proceso que corresponda a las características de un proceso ajustado a los parámetros de un proceso justo (“due process”, “proceso debido” o “equitable”).

La citada regla de exclusión se asienta en los países europeos, enfatizando la necesidad de respetar el principio de legalidad y las garantías procesales a la hora de buscar la verdad en el seno de un proceso. Su construcción pone de manifiesto la existencia de dos intereses contrapuestos entre sí, aunque plenamente valorables en un plano diferenciado: la persecución de los delitos como función encomendada al Estado mediante el pacto social y que debe alcanzarse a través de un proceso equitativo, como único medio de realizar el proceso penal, y la protección de los derechos individuales, que también corresponde al Estado debiendo preservarlos para alcanzar la citada condena.

El efecto disuasorio sobre el quehacer policial, como finalidad de índole subjetiva, aparece ocasionalmente en el marco geográfico señalado, en tanto ocupa

¹ Con este trabajo quiero rendir homenaje a Juan Bustos, entrañable amigo y jurista comprometido, quien abrió mis horizontes al proceso penal y con el que compartí varios años en la ahora Universidad de Lleida. Su recuerdo nos acompañará siempre.

² Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Girona.

³ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D : “El proceso penal entre Europa y América ¿un camino de ida y vuelta? (SEJ 2007-62248).

un lugar central en la configuración de la “exclusionary rule” por parte de la jurisprudencia en norteamericana, singularmente en las últimas décadas, de manera tan acentuada que la creciente profesionalización de las fuerzas policiales con especial énfasis en la disciplina policial interna, unido a la posibilidad de actuaciones civiles contra los funcionarios de policía que obtuvieran los medios probatorios ilícitamente, ha conducido a declarar la ausencia de necesidad de acudir a la regla de exclusión, al haber decaído su eficacia en orden tanto al *deterrent effect* cuanto a preservar la *judicial integrity*⁴, que ya se obtienen a través de los citados medios.

Es cierto que la averiguación de los hechos delictivos constituye una actividad que encierra un interés público digno de protección en el Estado de Derecho, por ser un elemento esencial para el castigo de los delitos y la realización del derecho penal. Pero resulta igualmente inapelable que dicha finalidad no puede conseguirse a toda costa, y que el Estado no puede hacer dejación de su también función de garante de los derechos, singularmente de aquellos elevados a la categoría de derechos fundamentales⁵.

La referencia a los elementos subjetivo y objetivo de la configuración de la regla de exclusión, cuestiones que ocuparán los dos apartados siguientes, ilustran la figura en diferentes aspectos singulares –actuaciones de sujetos privados; infiltrados; medios de prueba o carácter de las normas o derechos vulnerados- que alcanzan especial valor en situaciones de incremento de la criminalidad organizada o más aun de amenaza terrorista.

1. Perspectiva subjetiva: órganos públicos de investigación; sujetos privados a las órdenes de aquellos; y agentes encubiertos.

La incidencia del elemento subjetivo en la regla de exclusión obedece a un doble motivo. De un lado, patentiza el influjo de la doctrina norteamericana, que la contempla sustancialmente a tenor del efecto disuasorio sobre la policía, limitando su aplicación, además, a tal ámbito, esto es, a los sujetos públicos encargados de la investigación de los delitos. Y de otro, al hilo del desarrollo de nuevas formas de criminalidad que han abierto la puerta a la necesidad de considerar situaciones como la de los agentes encubiertos y/o infiltrados.

A) La condición de funcionario público resulta determinante a la hora de concebir el “deterrent effect” en la jurisprudencia norteamericana⁶. Posición compartida por

⁴ *Hudson vs Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

⁵ Un desarrollo más amplio de tales extremos, centrados en los ordenamientos de países europeos y americanos, en ARMENTA DEU, T, “La prueba ilícita (Un estudio comparado)”, Marcial Pons, 2009.

⁶ ALLEN, KUHNS y STUNTZ, “Impeachment with unconstitutionally obtained evidence” en

Francia, si bien desde la perspectiva de configurar la regla de exclusión, en atención a la no sumisión de los particulares al principio de lealtad⁷; tesis aplicada en supuestos de “testing”⁸, práctica cuyos frutos se han incorporado al proceso y han sido objeto de valoración, en la medida en que la incitación al delito provenía de sujetos privados, que no encontrándose sometidos al citado principio de lealtad, no infringían el principio de contradicción⁹, de donde se infería que la ilicitud cometida no era de gravedad¹⁰. Con arreglo a esta configuración, los actos de sujetos privados para la obtención de fuentes de prueba tienen su límite en la sumisión general a las prohibiciones probatorias relativas al uso de la tortura, los medios que suprimen la libre voluntad, etc.; y a la falta de contradicción que puede conducir a que una prueba no sea valorada por el juez (art. 427 CPP). No obstante hay que hacer notar que actualmente en éste último país se ha abierto la discusión para aplicar la doctrina sobre la prueba ilícita a las actuaciones privadas ordenadas por la policía, al entender extensible el principio de lealtad a quienes actúan como intermediarios de los sujetos públicos¹¹.

México aplica también la regla general conforme a la cual la exclusión probatoria es el resultado de actividades de las autoridades de persecución de los delitos, normativa que se extiende a supuestos tributarios y al ámbito civil¹². Y en la misma dirección, Holanda recoge la regla general con arreglo a la cual las conductas ilegales de las autoridades públicas al recabar fuentes de prueba perjudican la información obtenida, consecuencia de la que resulta responsable el fiscal. Son casos paradigmáticos la de agentes infiltrados en las cárceles con presos preventivos, en cuyos supuestos la información obtenida sólo será utilizable en la medida en que supere los filtros de proporcionalidad y subsidiariedad, es decir, atendiendo a la seriedad del crimen y las posibilidades de alcanzar la información a través de otros métodos; de forma, que no siendo así, se excluirían los hechos

“Constitutional Criminal Procedure” 3.ed, Boston, NY, Toronto, London, Advisory Board, 1995, p. 1433ss.

⁷ 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.

⁸ El “testing” consiste en una provocación por sujetos privados no policías (se cita el caso de miembros de 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.

⁹ Cass.crim.6 avril 1993, JCP 1993.II.22144, note M.L. Rassat; y Cass.crim. 11 mayo 2004, JCP 2004.II.10124, note C.Girault

¹⁰ 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.

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

¹² N° Registro: 249,419; Séptima época, 175-180 Sexta Parte, p.55, Circuito, tesis 5, p. N° Registro 182, 235, XIX feb, 2004, Tesis XXIII, 1o.20P, p.994. N° Registro 184,724, Novena época, XVII, Febrero 2003, p.337. N° Registro 189,178, XIV, Agosto 2001, Tesis XII.3°4P, p.1210.

conocidos de tal manera, apelando además al abuso de confianza en la conducta del agente público¹³.

A falta de regulación expresa al respecto, otros ordenamientos presentan una jurisprudencia oscilante en lo relativo a actuaciones de particulares a instancias de la policía, que en Bélgica, por ejemplo, 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 proceso¹⁴.

B) Sujetos privados a las órdenes de los órganos oficiales de la acusación

Las actividades que derivan en ilicitud susceptible de aplicar una regla de exclusión, adquieren relevancia según la conexión que presenten con las autoridades públicas de persecución. Así Italia, desde el año 2000, contempla las investigaciones de la defensa, previendo normas que establecen prohibiciones probatorias directas y sancionando ilicitudes cometidas por el defensor o investigadores privados a sus órdenes. En efecto, el art. 391bis CPP incluye en su apartado 6, que la violación de las normas que regulan las limitaciones de derechos fundamentales convierte los medios en “inutilizables”, pudiendo incurrir en responsabilidad administrativa¹⁵. Configuración que se amplía notablemente en España, donde se niega la vinculación exclusiva de la regla de exclusión a los actos de agentes públicos en atención al efecto “erga omnes” de los derechos fundamentales¹⁶.

Un paso más en esta tendencia desvinculadora se observa en Holanda. Allí el *agente privado sin conexión con las autoridades públicas* es objeto de un tratamiento específico centrado en las reglas de la responsabilidad civil y penal, en su caso. Dicha responsabilidad civil se rige por tres estándares: aprovecharse de posición dominante o de confianza (robo de documentos del acusado o de un testigo, por ej.); atentar contra derechos especialmente protegidos (la intimidad, la

¹³ HR March 9, 2004, NJ 2004, 263.

¹⁴ Sentencias del TS de 17 de Enero de 1990, confirmada en 2004 (S.de 23 de marzo).

¹⁵ Art. 391bis,6 CPP: Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.

¹⁶ 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.

propiedad¹⁷); o infringir reglas no escritas que rigen el funcionamiento de la sociedad civil¹⁸.

C) Agente encubierto e infiltración

El recurso al agente encubierto en el marco de la persecución de determinada criminalidad ha sido adoptado por numerosos países estableciendo las condiciones jurídicas en que dichas actuaciones son susceptibles de realización sin incurrir en conductas delictivas y siendo susceptibles de aprovechamiento en el marco de la teoría general de la prueba.

En España las “diligencias de investigación por medio de *agente encubierto*” (AE) han sido objeto de regulación específica por Ley 5/1999, de 13 de enero, ciñendo su ámbito de aplicación a la delincuencia organizada en los términos de art. 282bis LECrim, y en el marco europeo, a lo prescrito en el art. 14 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE¹⁹. Su admisibilidad y eficacia queda supeditada al estricto sometimiento de los agentes a lo dispuesto en dichas normas, que en términos generales y como medida limitativa de derecho fundamental comprende los siguientes requisitos: a) carácter excepcional; b) resolución habilitante; c) juicio de proporcionalidad; d) especialidad; e) motivación; f) “ultima ratio”; g) indicios racionales de criminalidad; y h) control judicial. El cumplimiento de tales condiciones no resulta, sin embargo, suficiente a efectos probatorios (para enervar la presunción de inocencia); se exige, además, que el agente infiltrado testifique en la fase plenaria del juicio, cumplimentando los requisitos de oralidad, contradicción y publicidad.

La reforma del Código procesal penal francés de 2004 incorporó la previsión normativa necesaria para el “agente encubierto o infiltrado”. El art. 706-81ss CPP regula los límites de esta figura, sancionando con nulidad que las operaciones se aparten del objeto de la investigación y la constatación de las infracciones para las que fueron dictadas (art. 706-91 CPP)²⁰.

En América central, con excepción de El Salvador, cuyo art. 15 regula la figura, no existe previsión normativa de la figura del AE²¹. Tal circunstancia no ha impedido ni su uso, ni su aceptación jurisprudencial²², ni la formulación teórica de

¹⁷Si un ciudadano graba una conversación telefónica, contrata detectives privados, o intercepta sus cartas o mensajes viola derechos fundamentales.

¹⁸ Se trata de reglas que conforman principios rectores de la conducta humana más allá de las reglas contractuales. Estas se aplicaron en el caso “Den Bosch” (Court of Appeals Den Bosch, december 2, 1992, NJ 1993, 327).

¹⁹ De 29 de mayo de 2000.

²⁰ No incurrir en nulidad los casos de “hallazgos casuales”, ex art. 706-93if CPP.

²¹ Su tenor literal, sin embargo, permite albergar dudas de carácter garantista.

²² Jurisprudencia citada por CÚELLAR CRUZ, R., “La problemática probatoria desde la perspectiva del fiscal: la experiencia centroamericana” en AAVV ““Prueba y proceso penal”, Tirant lo Blanch, 2008, nota 31.

determinados requisitos para su eventual incorporación en futuras reformas de los correspondientes códigos procesales penales, a la sombra de la regulación española anteriormente referida; sin olvidar la innegable influencia de la doctrina USA al respecto²³.

Colombia ofrece en esta materia, por razones conocidas, una normativa interesante aunque siempre condicionada por sus particulares circunstancias sociales. Debe recordarse inicialmente, que la indagación e investigación corresponde a la Fiscalía General del Estado, quien dirige, coordina y controla las actividades de la policía judicial (art. 200 CPP), y que los arts. 213 a 245 –entre los que se encuentra los correspondientes a la materia que nos ocupa– recogen las “actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización”, aunque después sean objeto del control de legalidad correspondiente²⁴. En dicho contexto, y entre las actuaciones no requeridas de previa autorización judicial, los arts. 241 y 242 regulan el “análisis e infiltración de organización criminal” y la “actuación de agentes encubiertos”²⁵.

En el marco más general, la Unión Europea (UE) ha suscrito el “Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE”, en cuyo art. 15 contempla asimismo las investigaciones encubiertas como forma específica de asistencia²⁶.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH) ha abordado la cuestión de los *infiltrados*, especialmente en materia de criminalidad organizada. El Tribunal Europeo empieza por diferenciar entre las informaciones que se utilizan como medio de investigación y el uso que puede darse en el proceso a las informaciones obtenidas de este modo. No se objeta la utilización de agentes infiltrado, pero sí convertir a tales informadores en testigos y sus indicios en pruebas.

Y en lo que a la *obtención de información de servicios de inteligencia* se refiere, el TEDDHH acepta que se pueda utilizar, no sólo como pista secreta en las investigaciones penales, sino además que pueda producir una sospecha razonable de culpabilidad. Ello no significa, sin embargo, que la decisión sobre el uso de la

²³ Esta se centra en discriminar el *encouragement* (invitación policial para delinquir) del *entrapment* (encerrona policial) a partir de las sentencias (US Vs. Russel, 1973; y Jacobson Vs. United States, 1992). La primera, configurada en términos más permisivos que en Europa, resulta constitucionalmente admisible; la segunda, no. Más en extenso: CÚELLAR CRUZ, R. “La problemática...” (nota 31) pp. 552-554.

²⁴ Las medidas que no precisan de autorización judicial precisan de un control, posterior, denominado de legalidad. Art. 237 CPP colombiano.

²⁵ Artículos 241 y 242 CPP colombiano.

²⁶ El Convenio se suscribió en Bruselas el 29 de mayo de 2000. También se dirige a tal fin la Recomendación 34 del documento “Prevención y control de la delincuencia organizada- Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio” elaborado bajo la Presidencia finlandesa (2000/C 24/01, DOCE, de 3 de mayo de 2000).

prueba secreta quede a la discreción de los servicios de inteligencia y/o de las autoridades. La decisión estará sometida a un control judicial independiente que determine en un proceso la legitimidad y fiabilidad de la información, de manera que si éste rechaza la prueba y resulta esencial se deberá retirar la acusación o sobreeser (caso Dowsett v. UK y Tinnelly&Sons y otros y McElduff y otros v. UK)²⁷.

Tema diverso aunque conexo es la alegación de vulneración del *art. 8 del Convenio* que garantiza el *derecho a la vida privada*. La Comisión ha rechazado tradicionalmente que la infiltración suponga injerencia, en la medida en que es el afectado el que entra en contacto con el agente encubierto y acepta la transacción que éste propone²⁸. Y en idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal, si bien, no tanto en relación con éste artículo del Convenio cuanto con el art. 6 CEDDHH, rechazando expresamente la figura del “agente provocador”²⁹.

2. Perspectiva objetiva: prohibiciones de medios de investigación; prohibiciones de producción y prohibiciones de utilización. El carácter de las normas vulneradas y la incidencia de la limitación de los derechos fundamentales

El enfoque objetivo de la regla de exclusión examina dicha exclusión atendiendo: al objeto de los medios de prueba; a determinados medios de prueba; o al carácter de las normas vulneradas, de manera que el quebranto de tales prohibiciones excluye la fuente o el medio de prueba. Como se irá comprobando, todos estos enfoques ponen de relieve la incidencia de los derechos fundamentales y su limitación a la hora de exigir o no la repetida regla de exclusión.

A) La mayoría de ordenamientos, y entre ellos el español, acogen prohibiciones legales que atienden *a los medios de investigación para obtener fuentes de prueba*, prohibiendo las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza o determinados métodos en los interrogatorios (art. 389.2º y 3º LECrim).

B) En la Ordenanza Procesal alemana, por su parte, el enfoque se centra en las *prohibiciones probatorias: de producción y de valoración*. Centrándonos en las primeras, con arreglo a las *prohibiciones probatorias de producción*, la obligación de búsqueda de la

²⁷ Dowsett v. UK, ECHR, 24 junio 2003, 39482/98; y Tinnelly&Sons and others and McElduff and others v. UK, ECHR, 10 de Julio, 1998, Reports 1998-IV, ambas citadas y comentadas por VERVALE, J.A., “Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho penal de emergencia?, en AAVV, “Prueba y proceso penal”, cit. p. 458-460.

²⁸ D.10. 747/84, 7 octubre 1985 (no publicada). Citada por López Ortega, cit.n.previa.

²⁹ Manfred Rademacher y Klaus Pferrer vs. Alemania . Aunque se desestimó la existencia de violación del art. 6 CEDDHH la condena de esta figura se deduce del Rapport de la Comisión, D.12.811/78, 11 octubre 1990 (no publicada), y citada por López Ortega, nota previa.

verdad no es absoluta sino que caben límites en atención a diversas valoraciones: relativas a los hechos (*Beweisthemaverbote*) como los secretos oficiales³⁰; a los métodos de obtención (*Beweismethodenverbote*) como menoscabar la libertad del acusado para manifestar su voluntad por fatiga mental, administración de drogas, tortura o hipnosis; y a los medios de prueba o a ordenar u obtener medios de prueba a través de determinadas personas (*Beweismittelverbote*) como las intervenciones corporales más allá de lo establecido legalmente³¹.

La *violación de una prohibición de producción* no acarrea necesariamente una prohibición de utilización; para llegar a una prohibición de utilización se precisa una disposición legal expresa o bien una fundamentación teórica que aplique diversas teorías, y muy singularmente, la *teoría de la ponderación de intereses* a la que después volveré a referirme.

Las *prohibiciones de utilización* contemplan una sanción frente al incumplimiento de las reglas que deben observarse al recabar o incorporar al proceso un medio de prueba o al llevar a cabo una diligencia como la detención y el interrogatorio policial. Cuando la violación de la prohibición afecta a algún principio o derecho fundamental la exclusión de la prueba deviene imperativa³². No siendo así, las consecuencias se discuten, anudando la exclusión sólo para aquellos casos en que los derechos del acusado sufren en su esencia, y negándola de no ser así³³.

C) Un último criterio, de singular importancia en algunos ordenamientos, atiende al *carácter de las normas vulneradas* distinguiendo entre normas procesales que forman parte de la llamada 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 entran 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; o si la vulneración afecta a la obtención de la fuente de prueba o incide en su incorporación y producción en el proceso; hasta

³⁰ Pgf. 93 StGB; pgfs y 54, 61 f BBG. Bull.crim. n° 243.

³¹ Pgfs 52-55 y 81 StPO. El pgf.81StPO a autoriza las intervenciones corporales siempre que se practiquen por un médico y únicamente con orden judicial o del fiscal en casos de peligro inminente.

³² BGH 11, p.214 (GS), citada por Ambos, n.87.

³³ BGH 11, p.215 (GS). BGH 17, p. 245. Vid. EISENBERG, Ulrich, “*Beweisrecht der StPO*”, 4ª ed. 2002, Rn. 364ff. Algunos ejemplos serían: la violación de la información al detenido o al acusado de su derecho a guardar silencio, hipótesis que conduce a la exclusión, sin que quepa inferir que el acusado conoce sus derechos; o la vulneración del derecho a la asistencia y consejo de letrado, con idéntico efecto.

discriminar finalmente entre si la vulneración afecta a derechos fundamentales sustantivos o procesales.

En Argentina y Chile la nota que permite calificar una prueba como ilícita es la afectación de garantías constitucionales³⁴. Paradigma 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 otorga a la prueba ilícita un sistema normativo propio en el que los problemas y soluciones constituyen un “*prius*” normativo³⁵. Y en la misma línea, Brasil ha reformado, por Ley de 9 de junio de 2008, el art. 157 CPP, conforme al cual son inadmisibles debiendo ser excluidas las pruebas ilícitas, entendiéndose por tales las obtenidas violando normas constitucionales o legales³⁶. Previsión semejante se contiene en el Código procesal penal colombiano, donde la conexión puede existir por transgredir derechos fundamentales, postulados en general en normas constitucionales, pero sin excluir, empero, la apreciación por vulneración de la legalidad ordinaria. Por su parte, el Código Federal mexicano no prescribe vinculación expresa, aunque otros Códigos reformados recientemente sí lo hacen³⁷.

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, mas graves infringiéndose un derecho fundamental o menos graves si se trata de derechos recogidos en normas que conforman la legalidad ordinaria: Alemania³⁸; Bélgica³⁹; Francia; u Holanda⁴⁰.

³⁴ 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, las diversas legislaciones determinan 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”. Cfr. MILL DE PEREYRA, R., “Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal” en “Problemas actuales del proceso iberoamericano” (Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), Tomo II, CEDMA, 2006.

³⁵ COSTA ANDRADE, M (Sobre as proibições de prova em processo penal; Coimbra Editora, 1992, p. 192).

³⁶ Lei N° 11.690.

³⁷ 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.

³⁸ Cabe apreciar la existencia de prueba ilícita por infracción de normas reguladoras de la prueba (Parágrafo 136 a III StPO).

³⁹ La infracción de derechos fundamentales constituye un motivo pero no el único.

⁴⁰ 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.

Con todo cabe apreciar una tendencia general a restringir el concepto de prueba ilícita a los supuestos de vulneración de derechos constitucionales, en atención fundamentalmente a un criterio utilitarista que permita cuando menos garantizar el respeto a tales derechos, aunque para ello deba remitirse el resto de ilicitudes probatorias a otros tratamientos como la nulidad o la irregularidad. Detengámonos en este último aspecto:

E) La incidencia de la limitación de los derechos fundamentales.

La tutela de los derechos fundamentales y la limitación de cualquiera de ellos, como medida necesaria para los fines investigadores, debe efectuarse salvaguardando un conjunto de garantías, que en el caso de los respectivos derechos fundamentales, precisamente por carecer de la condición de derechos absolutos, puede legitimar o no la prevalencia sobre otros fines como la investigación penal y la sanción de los delitos. Para juzgar si la priorización fue correcta o aún habiéndolo sido debe prevalecer el efecto devastador de su ilegítima limitación, se examinarán la injerencia en la esfera de los derechos fundamentales y el respeto a toda una serie de requisitos graduados a través de un rosario de consecuencias, anudadas a la relevancia otorgada a cada uno de los mismos. En otras palabras, el análisis de los diferentes presupuestos y requisitos que deben concurrir a la hora de una legítima limitación de un derecho fundamental actuará como criterio relevante en el juicio ponderativo correspondiente sobre las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

La adopción de cualquier medida limitativa de derecho fundamental se contempla en diferentes textos normativos, Constituciones, Tratados Internacionales y normas internas, estando sometida a principios de singular relevancia en tal ámbito, como el principio de proporcionalidad⁴¹. A partir de ahí, existe acuerdo general en someter la limitación de los derechos fundamentales a la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) previsión normativa (principio de legalidad formal y material); 2) adoptarse en el marco de un proceso, es decir, jurisdiccionalidad; 3) necesidad cualificada de motivación; 4) estar sujeta al principio de proporcionalidad “stricto sensu”; y 5) ejecución y control judicial de la medida. Y en el plano más concreto, las diversas regulaciones limitan más o menos cada uno o determinados aspectos de un presupuesto en concreto, en atención a circunstancias sociales, políticas o de simple directrices de política criminal en atención a circunstancias sociales, políticas o de simple directrices de política criminal.

1) A tenor de la llamada “previsión normativa” cualquier restricción de derechos y libertades fundamentales, para ser legítima, debe estar prevista legalmente en la

⁴¹ art. 12 Declaración Universal de Derechos del Hombre; art. 17 PIDCP y art. 8 CEDH.

propia Constitución o en una norma legal habilitante⁴². Esta categoría suele actuar como auténtica piedra de toque en medidas nuevas relacionadas con nuevas técnicas investigadoras a las que el ordenamiento procesal penal debe irse adecuando impidiendo vacíos legales, que pese al buen hacer general de los tribunales, provocan inevitablemente aplicaciones desiguales y situaciones de inseguridad jurídica⁴³. No es difícil encontrar ejemplos en los avances tecnológicos relacionados con las comunicaciones o los científicos en materia de sanidad o investigación médica⁴⁴.

2) Con arreglo a la *jurisdiccionalidad*, la medida ha de adoptarse por un órgano jurisdiccional y en el seno de un proceso. Deben existir indicios racionales de que los hechos se produjeron y además tales sospechas han de formalizarse en la correspondiente resolución procesal. La previa autorización judicial, plasmada en una resolución motivada que desgrane la atención a la proporcionalidad, es requisito común en la jurisprudencia europea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la cabeza⁴⁵. La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, por su parte, amén de ser un deber general consagrado para todo tipo de resoluciones, alcanza mayor intensidad cuando como aquí sucede las medidas adoptadas limitan un derecho fundamental o una libertad pública⁴⁶.

3) La “*proporcionalidad*”, desde esta perspectiva, abarca un triple aspecto: idoneidad, necesidad y proporcionalidad “*stricto sensu*”. La *idoneidad* hace referencia, objetiva y subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente (entrada y registro para conseguir pruebas) como cuantitativamente (duración de la intervención telefónica). La *necesidad*, también denominada como “*alternativa menos gravosa*”, que compara y sopesa la medida restrictiva que se pretende adoptar en relación con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos (la libertad provisional o la prisión provisional, por ejemplo, o la vigilancia en domicilio o la orden de no ausentarse). La *proporcionalidad en sentido estricto*, para terminar, se aplica una vez examinada la concurrencia de los dos precedentes y conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando si el sacrificio de los derechos individuales que comporta la restricción, guarda una relación proporcional con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar en casos de tensión entre la necesidad de limitar el derecho al honor

⁴² Así sucede en España en los siguientes casos: derecho a la libertad (art. 17.2 y 4 CE); inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); secreto de las comunicaciones (art. 20.5 CE); y derecho de asociación (art. 22.4 CE) o en la ley procesal correspondiente (STC 49/1999).

⁴³ Una sugerente aproximación en ESTEVE PARDO, J., “El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia”, Marcial Pons, Madrid, 2009, *passim*.

⁴⁴ En el ámbito europeo la complejidad de las comunicaciones y su intervención se intenta acometer a través de un entramado legal en el que destacan la “Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de enero de 1995.

⁴⁵ SSTEDDHH de 25 de marzo 1998 (caso Kopp) y de 30 de julio de 1998 (caso Valenzuela).

⁴⁶ STC 62/1982 y otras muchas posteriores.

para salvaguardar la libertad de expresión; o el derecho a la información en aras del interés de persecución penal.

4) La *ejecución y control judicial de la medida* supone la revisión del órgano jurisdiccional en la ordenación, desarrollo y cese de la intervención⁴⁷. Tal será el caso, en la intervención de las comunicaciones, por ejemplo, al requerir que sea el propio juez quien materialmente escuche las cintas –siempre originales, no copias- y seleccione lo relevante, y muy especialmente, cuando haya de decidir sobre la prórroga de la intervención o cese de la medida⁴⁸. También implicará la orden de destruir la información irrelevante, o la necesidad de comunicar posteriormente la medida al intervenido, aunque haya resultado infructuosa y la entrega de las grabaciones originales una vez cumplida su finalidad, si bien estas dos últimas son objeto de un constante debate doctrinal.

La concurrencia de estos presupuestos tiene carácter genérico, y por ende, resultan aplicables a todas las medidas limitativas de derechos fundamentales. Tal configuración cumple, además, una importante función hermenéutica de la compleja regulación legal, frente a su ausencia o en las diferentes interpretaciones de los tribunales en torno a ambas. Con idéntico objetivo, resulta relevante asimismo la jurisprudencia de los respectivos Tribunales, y como no, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Corte Interamericana de Derechos y otros Tribunales internacionales cuyo ámbito de competencia recae directamente en la tutela de los derechos fundamentales.

Los diferentes grados de ineficacia directa e indirecta se articulan en los ordenamientos legales en atención a la relevancia de los requisitos cuya quebranto se alegue, jurisdiccionalidad, inidoneidad, mera irregularidad; sustentando la gradación a la que se ha hecho referencia al referirnos a las consecuencias de su infracción entre la nulidad y la mera irregularidad. Resulta especialmente ilustrativo a estos efectos observar que tanto la construcción de teorías encaminadas a diluir la ineficacia derivada de la ilicitud cometida, y entre ellas muy particularmente la de la conexión de antijuridicidad, asientan su doctrina asimismo en la protección del derecho fundamental implicado en la denuncia de ilicitud cuya conexión de antijuridicidad debe constatararse.

3. Exclusionary rule; prohibiciones probatorias; prohibiciones de uso; nulidades; “inutilizabilia”

Las denominaciones o mejor las diversas perspectivas implícitas en tales denominaciones se corresponden con otras tantas configuraciones y conceptos de

⁴⁷ STS español de 18 de abril de 1994 y entre otras que contienen jurisprudencia constante, 662/1998.

⁴⁸ STS 8546 y 9956/2001.

la ilicitud probatoria. Estas si bien se mira no son tan diversas como pudiera percibirse a primera vista.

De hecho, ante el fin común de no tomar en consideración aquellos elementos o fuentes probatorias que se hayan adquirido con clara violación de derechos (fundamentales o no) las técnicas jurídicas pueden abarcar: desde la previa fijación normativa de prohibiciones probatorias o de uso; la exclusión mediata o inmediata de la fuente o del medio de prueba; la nulidad de todo lo actuado o el recurso a una institución específica como es la “inutilizabilidad”.

A) El hecho de *contemplarse en la correspondiente Norma Suprema o limitarse a la protección de los derechos fundamentales* tiene una explicación, entre otras posibles. Los países que han “constitucionalizado” la ilicitud probatoria lo han hecho bien por carecer de una regulación procesal “ad hoc” y en espera de la misma, bien por reforzar una tutela que se estimaba en riesgo. La limitación a los derechos fundamentales constituye, así, una restricción cuyo objetivo es al menos preservar un ámbito incólume frente a la dilución de determinadas garantías.

Ante esta apreciación caben dos comentarios. Por un lado, no parece que sea más amplio el marco de garantías en Portugal, por ejemplo, que en Francia, incluyéndose la regla de exclusión en el primer país en el texto constitucional, y careciendo el segundo de normativa específica más allá del régimen general de las nulidades procesales, como se puso de manifiesto en éste último país al tener que promulgar la “Loi n°. 2004-204, de 24 de marzo” para diluir determinadas garantías. Por otra parte, esta limitación, aún constituyendo una protección reforzada, conlleva el coste de excluir otros derechos cuya tutela se equipara a la de otros de menor rango; circunstancia que sin embargo no constituye obstáculo alguno en Holanda, donde incluso la valoración de los intereses en juego se deja a criterio del juez del caso concreto. Qué duda cabe, finalmente, que en épocas de mayor vulnerabilidad la existencia de un régimen específico, más factible si su ámbito de aplicación no resulta inabarcable, facilitará la tutela de intereses, especialmente si se trata de los individuales.

Sí merece alguna consideración la existencia de un *previsión normativa específica* relativa a la sumisión de la regla de ponderación al principio de legalidad o cuando menos de sus líneas esenciales, limitando el arbitrio judicial a partir de una delimitación específica. Para esta opción entrará en juego otros elementos como la confianza en los órganos jurisdiccionales, o prescindiendo incluso de ésta, la seguridad jurídica e igualdad aneja a la sumisión al principio de legalidad, aunque deba arrostrarse el riesgo de ocasionales faltas de acomodación al caso específico.

Ordenamientos como el colombiano y el holandés constituyen un buen ejemplo de ambos extremos. A tal efecto adquieren especial relevancia, como se ha destacado, los derechos fundamentales y especialmente los requisitos a que se somete su válida limitación, como doble parámetro de la “justa obtención” de fuentes de pruebas y de las necesidades esenciales de tutela del derecho

fundamental afectado por la ilicitud. Consideraciones que no deben excluir a mi juicio los derechos fundamentales procesales, que de otro modo se verían privados de una garantía indispensable para su efectividad. Los movimientos reguladores en el seno de la Unión Europea, si bien incipientes, representan una tendencia plausible a la hora de redactar una normativa general que cumplimente con tal carácter la “previsión normativa” de cuya falta adolecen diversos ordenamientos y derechos fundamentales.

En todo caso, y para toda opción, debe preservarse un núcleo de derechos cuya vulneración determina ineludiblemente la ilegitimidad de la condena por estar en juego la dignidad de la persona, como acontece con la confesión obtenida a partir de la tortura, supuesto en el que no cabe juicio ponderativo ante la dificultad de invocar interés proporcionalmente oponible. En casos como el citado, además, no sólo se protege la dignidad humana sino la obtención de la verdad, en la medida es que altamente probable que se declare para poner fin al suplicio con independencia de la veracidad. Puede concluirse en tal sentido, que aún resultando inevitable aceptar la adopción de respuestas jurídicas más agresivas en épocas de mayores asaltos contra la paz social o que la situación contraria propicia una mayor atención a la tutela de las garantías individuales; en ambas circunstancias el Estado de Derecho debe garantizar ámbitos seguros e intangibles de libertad ciudadana; a partir de cuya seguridad podrán ser contrapuestos y equilibrados con otros.

B) La *ineficacia probatoria* anudada a la prueba ilícita no ha revestido una especial configuración jurídica hasta fechas recientes; en realidad como consecuencia del tratamiento reforzado de los derechos fundamentales a partir de la Segunda Guerra Mundial. Hasta entonces, con arreglo a la clásica doctrina de las nulidades procesales, la existencia de un vicio de este tipo conducía a la correspondiente declaración de nulidad, tal como continúa regulando el ordenamiento procesal penal francés o como figuró en una de las propuestas iniciales del Código Modelo para Iberoamérica, o en España hasta la incorporación del art. 11 a la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985.

Pero no es el único posible, junto a la creación de una categoría específica y nueva como la “*inutilizzabilità*” que se traduce de hecho en un límite al libre convencimiento del juez, cabe graduar normativamente la ineficacia directa e incluso indirecta, como hacen todos los ordenamientos procesales penales reformados en Sudamérica a partir de finales de los noventa o remitir el juicio ponderativo del juez del caso concreto, que figuraría en tales previsiones legales, como señala el Código procesal penal holandés. Reflexión que nos conduce a la siguiente.

C) La nulidad, desde el punto de vista de la economía procesal, puede parecer desaconsejable por cuanto una aplicación coherente implicaría la falta de eficacia de todo lo actuado hasta entonces y lo derivado de forma directa e indirecta. Este el instrumento utilizado en Francia, donde domina el principio de libertad probatoria y sólo existen normas reguladoras en materia de obtención de prueba.

En este sentido se habla de “nulidad textual” para referirla a las infracciones de las normas reguladoras de las actuaciones limitativas de derecho fundamentales (arts. 56 a 59; 95 a 96 o el art. 100.7 CPP, referentes a la entrada y registro en horario nocturno o a las escuchas telefónicas a determinados sujetos).

Ahora bien, en el extremo opuesto el amplio arbitrio judicial reconocido al juez del caso específico ofrece dudas en un doble aspecto, el previo requisito de una confianza casi absoluta en el sistema judicial, no siempre presente, y la ausencia de un trato igualitario con la inseguridad jurídica que ello puede generar. Este es el modelo holandés, donde el art. 359 WvSv, ante la violación de determinadas reglas procedimentales en la obtención de medios probatorios, ofrece a la decisión judicial un amplio abanico de resoluciones, desde el sobreseimiento hasta la subsanación, pasando por la reducción de la condena al acusado, la subsanación del error cometido o la mera exclusión del medio de prueba.

D) Por su parte, *acudir a una categoría propia de carácter procesal* adolece de las limitaciones que derivan de su propia configuración, como sucede en el Código procesal penal italiano, donde la *inutilizzabilità se* ciñe exclusivamente a las infracciones de carácter procesal, sin resultar aplicable a los efectos indirectos. Aclarado que con el término “inutilizzabilità” se describe dos aspectos del mismo fenómeno: el vicio del que viene afectado el acto o un documento, de un lado, y de otro, el régimen jurídico al que se somete el vicio; el régimen jurídico de la inutilizzabilità afecta no sólo al acto sino también a su valor probatorio (art. 191.2 CPP). Resulta así que la “inutilizzabilità” se traduce en un límite al libre convencimiento del juez, de manera que el mandato contenido en el art. 191 CPP excluye algunos elementos de prueba del material utilizable por el juez para tomar una decisión y motivarla, como en el caso de la prueba de testigos depuesta por alguno de aquellos sobre los que recae una incompatibilidad (art. 197 CPP) o por alguien sujeto al secreto profesional (art. 195,6 CPP)⁴⁹.

E) Entre unas y otras opciones de política legislativa, probablemente no resulta rechazable optar por una *posición intermedia y simétrica* donde se recurra al juicio ponderado entre intereses enfrentados y atendiendo al principio de proporcionalidad; el *balancing test*, o el *Abwägung*, mediante los que se gradúen los efectos atendiendo no sólo al carácter de los derechos vulnerados sino también a la gravedad de la lesión producida. Veámoslo.

4. Ponderación de los intereses en juego: diversas teorías

La búsqueda de un equilibrio entre los repetidos intereses ha obtenido múltiples respuestas en los diferentes países, aplicando diversas teorías cuya

⁴⁹ CONTI, C., “Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale”, Cedam, 2007

diferencia es más idiomática o de énfasis que de enfoque o contenido y cuyo objetivo común es aquilatar al máximo el resultado final.

A) El conocido como “balancing aproach” se usó inicialmente en la jurisprudencia de los USA. Tras la resolución de *Wolf v. Colorado* (1949) la perspectiva del mal menor se impuso en *Mapp v. Ohio* en 1961 declarando aplicable la doctrina a las jurisdicciones estatales por invocación al derecho al *procedural due process of Law* (art. XIV Enmienda). La conocida como “era Warren” aplicó el “balancing approach” consistente en ponderar el peso de los intereses en juego a partir de las Enmiendas IV,V, VI y XIV⁵⁰.

Desde la asunción de la presidencia del Tribunal Supremo de Warren Burger, se inicia otra tendencia que marcaría el juez Renquist⁵¹, que acorde con el *Law and Order* advertiría en la sentencia *Stone v. Powell* (1976) la imposibilidad de cerrar los ojos a los costos sociales de la regla de exclusión obligatoria en supuestos de impunidad de notorios criminales por infracciones policiales leves⁵².

B) Al otro lado del Atlántico, en Alemania, la doctrina admite la existencia de una colisión entre las prohibiciones de prueba y el principio de investigación (pgf. 155.II; 160, II y 244,II StPO) en la medida en que las prohibiciones probatorias constatan la existencia de limitaciones a la averiguación de la verdad en el proceso, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual⁵³. Por un lado, sirven para la *garantía de derechos fundamentales* en tanto protegen al inculpado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra; en tanto, por otro lado preservan –componente colectivo- la integridad constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo⁵⁴. La tensión entre ambos fines conduce a complejas decisiones de ponderación, que en términos de la teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista) permite hablar de una *doble función estabilizadora de la norma*: El Estado no solo debe estabilizar las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también los derechos

⁵⁰ Donde se contemplan el derecho a la seguridad en el hogar contra entrada, registros y medidas faltos de fundamento; el derecho a un proceso justo y al jurado, etc...

⁵¹ GARRO, A-M, “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte” en “Revista de Derecho Constitucional”, n.35, mayo-agosto 1992, pp.85ss.

⁵² Entre estos los económicos denunciados por los “econometricians” quienes imputaban al “due process” lentitud y un coste inasumible de determinadas absoluciones por aspectos meramente formales o procesales, haciendo que notorios culpables no sean castigados. EASTERBROOK, F.H., “Criminal Procedure as a market system” 12 “Journal of Legal Studies” 1982, pp. 297ss; BECKER, G.S., “Crime and Punishment: An Economic Approach” en “Journal of Political Economy”, 76, 1968, pp.169ss.

⁵³ BELING, “Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess”, 1903.

⁵⁴ ROGALL, ZStW (91) 1979, 1 (16ss); Roxin, Schäffer/Widmaier,StV 2006, 655 (656, 659, 660); Eb.Schmidt, “Lehrkommentar”, Band II, pgf 136a nm21 y Beulke, Strafprozessrecht, 9ed. 2006, n. 454. Todos citados por Ambos,K, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán” en AAVV, “Prueba y proceso penal”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2008, pp. 325ss.

fundamentales de los imputados aplicando prohibiciones de utilización de pruebas en caso de violaciones de los derechos del individuo. Desde esta perspectiva se contemplan en las repetidas prohibiciones una cierta función de control disciplinario de las autoridades de persecución penal en sentido de prevención general negativa.

Con arreglo a la “teoría de la ponderación” (*Abwägungstheorie*), de aplicación mayoritaria en la actualidad, los intereses a ponderar se concretan teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal⁵⁵. Esta ponderación corresponderá al juez de instancia, quien debe decidir en el juicio si puede subsanar la infracción procesal o ha de entender existente una prohibición de utilización no escrita. Elementos para tal enjuiciamiento podrían ser la existencia de una infracción legal de especial gravedad desde el punto de vista de los derechos humanos y/o si la infracción se manifiesta como un actuar calculado o consciente de las disposiciones procesales⁵⁶.

C) En España, la búsqueda de equilibrio se ha efectuado a través de la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad a la hora de decidir o no la exclusión de un medio probatorio o más frecuentemente de los efectos reflejos derivados de una prueba obtenida ilícitamente. Debe señalarse que esta doctrina surge tan sólo, conforme a las exigencias del Tribunal Constitucional, en casos de vulneración de derechos fundamentales.

En atención a esta teoría para ponderar los intereses en conflicto se recurre a 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. La perspectiva externa por su lado atiende al 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 efectividad.

Este segundo análisis se reconduce, en definitiva, a la correcta salvaguarda de las garantías en 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

⁵⁵ VOLK, K, “Grundkurs StPO”, 5 ed, 2006, pgf 28, nm.1ss. Teoría dominante, no se aplica únicamente en los casos de errores procesales en los interrogatorios o en las medidas coercitivas relacionadas con la protección judicial del interrogado, en los que se acude la “teoría de la fin de protección”; Jäger, “Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht, 2003, pp.4ss

⁵⁶ En este sentido: AMBOS, K, cit. p. 327, y FINGER, JA 2006, 529 (535).

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 derivadas⁵⁷.

D) En cuanto a la *jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ha reiterado la conexión prueba ilícita-proceso equitativo y la perentoriedad de acudir siempre a la valoración conjunta de la prueba, lícita e ilícita, a efectos de alcanzar un juicio ponderativo y, a partir de ahí, alcanzar el correcto enjuiciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a un proceso justo en el que la condena del acusado resulte fruto de un proceso de tales características.

En resoluciones entre los que destacan: *Adolf vs. Austria* (de 26 de marzo de 1982); *De Cobre 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*⁵⁸:

A) La Convención europea de Derechos del hombre consagra en su art. 6 el derecho a un proceso justo (“équitable”), sin dedicar ningún precepto a la admisibilidad de las pruebas, aspecto que remite al derecho interno de cada país. Desde esta perspectiva, se reconoce el efecto excluyente por resultar contrarias a la exigencia de un proceso justo: a) las pruebas obtenidas a partir de una provocación policial⁵⁹ o; b) violando el derecho del acusado a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo⁶⁰).

⁵⁷ No han faltado críticas doctrinales hacia la repetida doctrina, denunciando consecuencias indeseables de su aplicación: 1) 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; 2) la insuficiencia del argumento conforme al cual los derechos fundamentales no son absolutos, lo que permite excepcionar la garantía de exclusión; 3) la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado; 4) la insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales; y 5) la indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales en lo relativo a la presunción de inocencia y la inadmisión de prueba ilícita.

⁵⁸ 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

⁵⁹ *Teixeira 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

Paralelamente,

B) Se rechaza el testimonio anónimo, si bien matizándolo en el supuesto de infiltración policial. Inicialmente la Comisión reconoció la validez del *testimonio indirecto*, aunque siempre supeditada a la concurrencia de un doble requisito: que el juez no fundase la condena únicamente en el mismo, y que su utilización resultase inevitable e imprescindible⁶¹. Y,

C) finalmente, el TEDDH recoge la prohibición de elementos probatorios obtenidos a través de tortura (art. 3 CEDDHH)⁶²; circunstancia que no impide, sin embargo, que a la hora de resolver el caso *Jalloh vs. Alemania*, de 11 de julio de 2006, se calificara el trato sufrido por el primero como inhumano y degradante pero no constitutivo de torturas. A tal efecto se acogieron dos criterios: que la infracción del art. 3 CEDDHH no era particularmente grave, y que los medios probatorios así obtenidos resultaban determinantes para la condena⁶³. Como 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 CEDDHH que permitan condenas fundadas en tales tratos inhumanos y degradantes, sin merecer la calificación de “torturas”⁶⁴.

5. El momento para poner de manifiesto la ilicitud probatoria: diversas opciones.

Es muy difícil establecer reglas generales sobre el mejor momento para denunciar y declarar la exclusión de la prueba ilegítimamente obtenida, y de las que de ella deriven, no sólo porque dependerá del modelo procesal concreto, sino

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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Comisión, D 8.945/80, 13 diciembre 1983, D.R.39, p.55.

⁶² Semejante prohibición figura en el art. 15 Convención de las Naciones Unidas.

⁶³ Las cuestiones en torno al art. 3 del Convenio (*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos degradantes*) son muchas, excediendo el marco de este trabajo. Cabe citar, no obstante, algunas resoluciones relevantes al respecto: *Bonnechoux vs. Suiza* y *De Varga-Hirsch vs. Francia*, relativos a la detención; *Hogben vs. Reino Unido* y *McQuiston y otros vs. Reino Unido*, referente a las condiciones penitenciarias; y *Tomasi vs. Francia*, cuestionando la “garde a vue” (periodo de detención exclusivamente policial, sin presencia de abogado).

⁶⁴ BEERNAERT, M-A, “La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Court Européene des droits de l’Homme” n. 69, 2007. p. 93.

además porque la opción estará precedida de la ponderación entre diversos intereses opuestos como los que se expondrá seguidamente.

Hay que empezar por constatar que el momento e instrumento procesal a través del cual corresponde poner de manifiesto la ilicitud probatoria no es cuestión baladí.

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, prefija también la eventual 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.

A esto puede añadirse el peligro de fraude procesal cuando se reserva el alegato de nulidad para una fase posterior, una vez abierto el juicio, como estrategia de la defensa, impidiendo además la apertura de nuevas líneas de investigación no afectadas de ilicitud.

Unido a tales argumentos, el tratamiento previo de la ilicitud probatoria que defiende su exclusión inmediata del proceso, aún antes de iniciarse el juicio o encontrándose solo en la fase investigadora, se opone frontalmente a dos pilares y principios básicos del derecho probatorio: que la prueba se practique únicamente en el juicio, y que dicha práctica venga informada inexcusablemente por los principios de contradicción y publicidad.

El tratamiento procesal enfrenta de hecho dos valoraciones opuestas: la que defiende la exclusión más temprana conduciendo en realidad a que el juez que conoció de un hecho a través de una prueba ilícita deba abstenerse o ser recusado⁶⁵; y aquella otra conforme a la cual corresponde a la fase del juicio el

⁶⁵ SENTIS MELENDO, “La prueba en el proceso” en *Revista de Derecho Procesal*, 1977; PASTOR BORGONÓN, B, “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas” en *Justicia*, 1988, II, p.365ss; o entre otros, FERNANDEZ ENTRALGO, “Prueba ilegítimamente obtenida” en *La Ley* 1990-1.

Otros autores, oponen a tal radicalidad algunas cuestiones que merecen tenerse en cuenta: si lo que se pretende es impedir cualquier influencia en el juzgador de elementos distintos a la prueba ilícitamente obtenida y regularmente producida en el proceso, habría que impedir también que el juzgador pudiera tomar conocimiento de las actuaciones sumariales. Y no sólo eso, también sería preciso mantenerlo aislado de cualquier noticia que pudiera recibir sobre los hechos al margen del proceso, lo que impediría a los jueces, leer prensa, ver la Televisión u otras medidas, a todas luces exageradas. MONTERO AROCA, J. “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal” en “*Trabajos de Derecho Procesal*”, Barcelona, 1988, pp. 570-1; y

conocimiento completo de lo acaecido y recabado en las fases previas, en aras a la garantía jurisdiccional, comprensiva entre otros extremos, de la citada exigencia de práctica de la prueba en el juicio, con publicidad y contradicción, preservando así además el más pleno ejercicio del derecho de defensa.

Pero también implica alguna consideración sobre el carácter y contenido de las fases del proceso penal.

La configuración de la fase instructoria y en concreto a quien le resulta encomendada, constituye una circunstancia asimismo conexa con el hecho de que la ilicitud en las diligencias de investigación puede constituir el soporte de la acusación, incidiendo sobre el órgano acusador y predeterminando en buena medida su decisión de acusar. Paralelamente, la exclusión puede sustraer conocimientos relevantes que mermen el derecho de defensa, singularmente, cuando se rechaza la incorporación al proceso y consecuentemente su valoración por el órgano enjuiciador.

En la instrucción, como regla general, no corresponde al juez y mucho menos al fiscal resolver la cuestión relativa a la licitud o ilicitud de las pruebas, primero porque excedería de las competencias que se le reconocen en el correspondiente texto legal, y además, porque no resultaría posible efectuar tal análisis cuando los medios de investigación presuntamente ilícitos aún no han adquirido la categoría de prueba ni han sido valorados como tales. Además, esta opción limita irremediabilmente la defensa, en la medida en que el imputado no tenga intervención en dicha fase o la tenga tardía o limitada.

Esta última circunstancia no significa, sin embargo, que al juez instructor, de garantías o del juicio no le vincule la prohibición constitucional de admitir medios de investigación ilícitos; por lo que en algunos supuestos, especialmente aquellos en que se aprecie claramente la existencia de vulneración de derecho fundamentales, puede rechazar la incorporación de determinado medio, o debe pronunciarse sobre la ilicitud de determinados medios de investigación o decretar su nulidad. E igual análisis corresponde cuando adopte determinadas resoluciones como el sobreseimiento o el archivo provisional.

No obstante, en ocasiones, la cuestión no podrá ser resuelta en la fase preliminar. Tal será el caso en que el juicio de ilegitimidad exija el conocimiento de datos que sólo quedarán establecidos tras la prueba que debe realizarse en el juicio oral. En esta fase -donde corresponde la práctica de la prueba y su valoración- la cuestión será si cabe un examen y correspondiente exclusión en el momento inicial, en caso de apreciar la existencia de ilicitud, o si conviene esperar a la práctica de todos los medios de prueba para poder realizar así una evaluación completa y una valoración ponderada.

VEGAS TORRES, J, “Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”, ed. La Ley, Madrid, 1993, p. 127, n.131.

No terminan ahí las cuestiones. Como pone de relieve el examen de algunos ordenamientos, aún declarándose la ilicitud en la fase de investigación, tal circunstancia no equivale a la eliminación de los hechos o materiales implicados en la citada declaración. De ahí que junto al tratamiento inicial haya que dilucidar qué hacer con los datos y soportes materiales obtenidos, excluyéndolos o incorporándolos al proceso, y en ésta última hipótesis, prohibiendo o no su posterior valoración en la resolución definitiva. A este extremo se unirá determinar el sujeto que puede denunciar la ilicitud probatoria, con cuyo análisis se pondrá punto final a este capítulo.

Como inmediatamente se comprobará el panorama en los diversos ordenamientos es de amplio espectro, aunque destacan las siguientes notas: 1) una situación generalizada de falta de regulación de tratamiento procesal “ad hoc”; 2) resistencia a extraer del “dossier” los datos obtenidos ilícitamente; y 3) tendencia mayoritaria a examinar la denunciada ilicitud en la fase de juicio contradictorio, y en tal hipótesis, optando por hacerlo al inicio del juicio con la posibilidad de excluir el medio de prueba o los hechos incorporados a partir de entonces, o permitir que continúe en el proceso hasta el final, encomendando al juez su examen, que de resultar positivo acarreará la exclusión sin poder valorarlo a efectos de condena, y de no estimarlo así, no.

Estas variantes son el origen del orden expositivo con arreglo a la existencia de un tratamiento previo (A) o su ausencia (B); subdividiendo cada apartado según no exista (a) o si (b) previsión legal al efecto.

A) Tratamiento previo a la fase de juicio

Atendidas las razones que se ha ido señalando y a partir de la regla conforme a la cual la exclusión exige una declaración jurisdiccional, son mayoría los ordenamientos que remiten ésta a la fase de juicio. Ello no impide que en determinadas circunstancias de ilicitud patente, aún a falta de regulación legal específica, o a tenor de la existente, se contemple la exclusión de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente. A partir de ahí cabe plantear la expulsión total del proceso o de la fuente o dato o su conservación para un posterior examen por el órgano jurisdiccional.

El tratamiento previo puede estar previsto legalmente, mediante un incidente específico o no ser así, como veremos seguidamente.

a) El tratamiento previo de la ilicitud probatoria abre interrogantes en torno a la posibilidad y conveniencia de poner de manifiesto la ilicitud en el momento mismo en que se practica la medida de investigación, evitando que la prueba se incorpore al sumario; así como a si resulta posible poner de manifiesto la ilicitud durante la fase de instrucción, impidiendo en tal supuesto que la prueba se practique en el juicio. De hecho, se comprobará que junto a la posibilidad de examinar la ilicitud

en el mismo momento, a lo largo de la instrucción, al cerrarse ésta o justo antes de abrir el juicio; no se descarta en absoluto un examen posterior.

Se trataría de casos en que los agentes policiales, en el marco de una diligencia de investigación, al detectar su posible ilicitud cesaran en su actividad de forma inmediata. Distinto sería el supuesto en que el Juez de instrucción se encontrara presente y dirigiendo una medida de este tipo (*v.g.*, un registro al que asista personalmente), o supervisando una medida que se prolonga en el tiempo (*v.g.*, una intervención telefónica). En éstas hipótesis es muy posible que se intente subsanar el defecto que motivó la ilicitud antes de reiniciar la diligencia o de volver a practicarla, aunque no siempre será posible en función de su naturaleza. Puede suceder, así, cuando la policía esté practicando un registro domiciliario con consentimiento del titular y constate al realizarlo que la persona que lo autorizó no estaba legitimada para ello; debiendo cesar de inmediato y abandonar el domicilio, y aunque hipotéticamente podría regresar más tarde provista de una autorización judicial, es probable que las eventuales pruebas ya hayan desaparecido. En cambio, si el defecto se aprecia en el curso de una escucha telefónica, habrá que destruir las cintas grabadas sin autorización –o no tenerlas en cuenta respecto de delitos no comprendidos en la autorización judicial inicial– aunque subsanado el defecto podrá seguirse con las grabaciones y aprovechar los contenidos obtenidos a partir de ese momento.

Cuando la ilicitud probatoria se aprecie al practicar la diligencia, ésta debería concluirse, de modo que su contenido no accediera al sumario. O si la ilicitud ha sido detectada por el juez instructor en el momento en que la policía le presenta el resultado de una diligencia de investigación no deberá incorporarse al sumario⁶⁶. Ahora bien, en ambos casos se requiere el pleno convencimiento del instructor, ya que de no siendo así resulta preferible incorporar el material al sumario dejando que sea el tribunal sentenciador quien se pronuncie al respecto en un momento posterior.

Así se prevé, por ejemplo, en el Código procesal penal brasileño, donde, aun cuando la denuncia de la ilicitud afecte a actuaciones policiales, éstas permanecerán en el proceso, salvo que prospere su expulsión a través de “habeas corpus”, cercenando la investigación policial (“inquerito”) por falta de justa causa, si la diligencia resulta fundamental para la denuncia. Ello no obsta, como se adelantó, a que cuando la ilicitud se percibe o produce en la fase de juicio, se incluya en las alegaciones finales. Y si acontece tras la sentencia, las partes podrán impugnarlo en apelación, examinándose como cuestión previa dentro de la misma⁶⁷.

⁶⁶ Aunque para una mayor fluidez en el discurso se utilice el término prueba para las diligencias policiales, éstas no son sino fuentes que se integrarán o transformarán 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).

⁶⁷ SCARANCA FERNANDES, A, “Processo penal constitucional”, 4 ed, Sao Paulo, 2005, Parte II, n.7.8.

En el CPP francés se contempla 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; y 3) cuando el fiscal revisa el quehacer policial. Un análisis más detenido del mismo exige diferenciar entre la fase previa instructora (*instruction préparatoire*) de carácter obligatorio sólo para delitos graves (*crimes*) pero no para los leves (*délits* y *contraventions*). A partir de la aplicación del principio “quien es responsable de los actos no puede ser competente para declarar su nulidad”, en los procesos sin instrucción, el juego de dicho principio impide extraer la diligencia ilícita del “dossier” debiendo permanecer en el mismo para denunciar la ilicitud ante la *Chambre de l’Instruction*⁶⁸. El art. 385,1 CPP señala que el “Tribunal correccional” tiene competencia para constatar las nulidades procesales que se sometan a su conocimiento, lo que deberá suceder en todo caso antes de entrar en el fondo (art. 385,5 CPP). Tales disposiciones se extienden a las contravenciones (ex art. 522,3 CPP).

Y algo semejante se prevé en el CPP belga, que también diferencia entre la existencia de “investigación preliminar” a cargo del fiscal o “investigación judicial”. En el primer caso, como la exclusión sólo es posible en el juicio, el fiscal puede decidir no ejercitar la acción ni iniciar el juicio por los posibles perjuicios que originaría la ilicitud.

Tratándose de investigación a cargo del juez, corresponde a la Corte de Apelaciones revisar lo actuado en la fase investigadora y si aprecia la existencia de fuentes de pruebas o actuaciones ilícitas podrá excluirlas, evitando así su efecto contaminante en el juicio (art. 235bis, pgf.6). Esta eventualidad puede originar dificultades en algún caso en el que la prueba exculpaba al acusado⁶⁹.

A falta de trámite específico previsto para dilucidar la ilicitud probatoria, el CPP portugués contiene un procedimiento no preclusivo, donde puede cuestionarse la admisibilidad de una prueba considerada ilícita en distintas fases del procedimiento: en la instrucción (*inquérito*); en la fase intermedia (*instrução*) o durante el juicio, dependiendo de la evidencia en la ilicitud y consiguiente nulidad. La primera posibilidad, la exclusión en la fase de instrucción (*inquérito*), no resulta una opción pacíficamente admitida. De un lado, se defiende suscitar la ilicitud cuando se practica la medida, en el *Auto de inquérito*, impidiendo así que se incorpore al sumario caso de constatar una vulneración grave, ex art. 275,1 CPP⁷⁰;

⁶⁸ Art. 181 CPP.

⁶⁹

A partir de los arts. 292; 296; 302 y 308 CPP. El art. 292 permitiría la exclusión por inadmisibles de toda prueba prohibida. Con arreglo al art. 296 cabría abordar la falta de validez a través de los requerimientos presentados por la acusación y la defensa en esta fase. BURGOA, E y BELEZA, T, “Ponencia « as diligências de prona realizadas no decurso do inquérito são reduzidas a auto, que pode ser redigido por súmula, salvo aquelas cuja documentação o ministério público entender desnecessárias».

en tanto, de otro, se recuerda la necesidad de prohibición expresa para proceder a la exclusión⁷¹. Con todo, es mayoritaria la opinión que considera la fase intermedia el momento procesal idóneo en atención al art. 292 CPP, cuando se regula la admisión de la prueba e incluso a través de los requerimientos presentados por la acusación y por la defensa, con arreglo al art. 296 CPP⁷². Incluso, si antes no hubiera sido posible, siempre en esta fase intermedia, se abren dos nuevas posibilidades: en el debate instructorio (art. 302 CPP)⁷³, y en el *despacho de pronúncia o de não pronúncia* (art. 308 CPP)⁷⁴.

b) Sí se prevé normativamente el trámite procesal en Italia a través de la *inutilizzabilità* o la nulidad contemplada en el art. 191 CPP italiano, que determinan la exclusión. 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 todo caso, el art. 526 CPP prescribe que no podrán utilizarse en la deliberación previa a la sentencia pruebas diferentes de aquellas legítimamente adquiridas en el juicio.

Asimismo Chile y Colombia contemplan la exclusión, aunque sin articular un incidente procesal al efecto, y no resultando incompatible con un tratamiento posterior en el seno del juicio.

En Chile, puede tener lugar en la denominada “audiencia de preparación del juicio oral”, fase anterior al auto de apertura del juicio oral que se desarrolla en presencia del “juez de garantías”, con la preceptiva asistencia del fiscal y del abogado defensor⁷⁵. El art. 276 CPP bajo el título “Exclusión de pruebas para el juicio oral” dedica su tercer párrafo a excluir las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y *aquellas que hubieran sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*. El juez debe resolver sobre la exclusión, distinguiéndose a partir de ahí, entre quien propuso la prueba: a) tratándose del fiscal, cabe apelación ante la *Corte de apelaciones*, suspendiéndose el proceso; si la Corte confirma la exclusión puede determinar el archivo del caso cuando el fiscal considere la prueba esencial para sostener la acusación⁷⁶. b) Si la prueba fue propuesta por la acusación particular no hay recurso de apelación, sin perjuicio de poder recurrir en nulidad contra la resolución final⁷⁷.

⁷¹ Arts. 125 y 126 CPP. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo penal*, III, Verbo, p. 79.

⁷² Art. 292 CPP; y Art. 296 (*Auto de instrução*).

⁷³ Art. 302° CPP (Decurso do debate).

⁷⁴ Art. 308° CPP (Despacho de pronúncia ou de não pronúncia).

⁷⁵ Art. 269 CPP.

⁷⁶ Art. 277,3 CPP.

⁷⁷ La diferencia de régimen en los recursos obedece a la diversidad de sujetos, así como a la inclinación hacia una configuración claramente adversativa del nuevo Código.

Como se ha adelantado, la propia ley prevé un examen posterior, al incluir como motivo de recurso de nulidad, el haber resuelto afectando derechos o garantías fundamentales desconociendo las reglas de producción y apreciación de la prueba (art. 373,a CPP).

Un tratamiento algo semejante es el otorgado en Colombia, donde destaca con carácter previo la posibilidad otorgada al fiscal de “ordenar el rechazo de las actuaciones diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales” al analizar la actividad policial en la indagación e investigación⁷⁸. A partir de ahí, son varias las oportunidades para denunciar la ilicitud: en la *Audiencia de control de legalidad*, fase del proceso concebida como un control específico para salvaguardar el respeto de la legalidad en la limitación de derechos fundamentales⁷⁹; y en la *Audiencia preparatoria del juicio oral*⁸⁰. Finalmente, en el ordenamiento colombiano se deja abierta la posibilidad de un examen posterior durante el juicio y en fase de recurso de casación (art. 181 CPP).

B) Tratamiento en el juicio

Aquellos países en donde se entiende que decidir sobre la ilicitud procesal corresponde al ejercicio de una función jurisdiccional, niegan tanto el examen y pronunciamiento previo sobre la ilicitud como la exclusión total en la fase investigadora, remitiendo la resolución a la fase de plenario. A partir de ahí, existe dos variantes; con arreglo a la primera cabrá resolver tal extremo nada más abrir la fase de enjuiciamiento; conforme a la segunda, por no estar previsto un trámite procesal al efecto o por cualquier otro motivo, se resolverá al dictar sentencia, aunque sin poder valorar la prueba que previamente se haya declarado ilícita, y siempre y cuando se motive suficientemente la ausencia de valoración de la prueba excluida. Recuérdese, por otra parte, que este tratamiento en el seno del juicio suele existir asimismo como complemento en aquellos ordenamientos que regulan uno previo.

a) En el pórtico del debate, el Código procesal penal portugués prevé un examen de la ilicitud, en la fase preliminar de la audiencia para la alegación de artículos de previo pronunciamiento (*questoes prévias ou incidentais*), pudiendo denunciarse la vulneración de derechos fundamentales a través de una respuesta inmediata y oral⁸¹.

⁷⁸ Art. 212 CPP.

⁷⁹ art. 237 CPP: Registros; allanamientos; retención de correspondencia; interceptación de comunicaciones; recuperación de información en Internet.

⁸⁰ 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).

⁸¹ Art. 338 CPP. Corresponde a la discrecionalidad judicial resolver inmediatamente o diferir el juicio sobre la ilicitud.

Si el tribunal no estima necesario un pronunciamiento oral al inicio del juicio, éste podrá aplazar el pronunciamiento hasta el momento de dictar sentencia, impidiendo en tal caso su valoración para fundar la sentencia⁸².

El tratamiento procesal ha sido en el ordenamiento procesal español una de las cuestiones más discutidas por la ausencia de una regulación específica al efecto. La Ley de Enjuiciamiento Civil que informa con carácter supletorio el ordenamiento procesal penal incorpora tal previsión legal obligando a distinguir dos periodos en la exposición, el anterior a dicho texto legal y el posterior.

Antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se recurría a diversos instrumentos creados para otros fines que con el tiempo se han demostrado insuficientes, especialmente en lo atinente a la ilicitud concebida como infracción de derechos fundamentales, merecedora de otorgarle la máxima efectividad⁸³. La diversidad de procedimientos vigentes, por otra parte, ha abierto un abanico de tratamientos: 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 dio encaje a la alegación de ilicitud dentro del cauce previsto para los artículos de previo pronunciamiento, cuyo contenido en principio tasado se ha visto ampliado por la jurisprudencia; y finalmente, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, también se utilizaba a tal fin el turno escrito de cuestiones previas, cuando se comparece ante el Magistrado Presidente.

Con todo, el hecho de que estos trámites se utilicen con esta finalidad no significa que fueran los únicos: para ello el legislador tendría que haberlo especificado expresamente, pero de hecho ni siquiera se refiere directamente a la ilicitud probatoria al mencionarlos. Es más, teniendo en cuenta que la ilicitud probatoria se vincula con los derechos fundamentales, la voluntad legal de otorgarles a éstos la máxima efectividad aboga por admitir la posibilidad de poner de manifiesto la ilicitud probatoria en otros momentos procesales. La situación cambia, como veremos inmediatamente, por efecto de la LEC.

Tras la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicada en el año 2000, se incorporó un artículo específico, el art. 287 titulado expresivamente 287 (*Ilícitud de la prueba*) cuyo contenido resulta aplicable a todos los ordenamientos, informando asimismo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸⁴. Con el citado precepto se llena el hueco del art. 11 LOPJ al que antes nos hemos referido, estableciendo cómo se denuncia y

⁸² Las cuestiones relativas a pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales son susceptibles de reiteración o proposición en el desarrollo del plenario (arts. 340; 355; 360, y 374, donde se regulan los requisitos de la sentencia). Así se recoge en la S.del TC portugués 393/03.

⁸³ 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.

⁸⁴ Art. 4 LEC.

cuando, así como la forma de resolver en los siguientes términos: La ilicitud se alegará tan pronto se tenga conocimiento de ella, lo que significa que puede ser al inicio del proceso o posteriormente; y será objeto de resolución previa audiencia de las demás partes en el acto del juicio. Máxima amplitud, audiencia y contradicción son los parámetros que deben guiar la resolución sobre la denuncia de ilicitud⁸⁵.

b) En la resolución del proceso, tanto el Código procesal penal belga como el francés recogen la idea conforme a la cual el tratamiento previo se estima dilatorio y limitador del ejercicio del derecho de defensa en el juicio, a lo que se añade el fundamento de ser la fase del juicio donde procede dilucidar más propiamente las cuestiones relativas a la prueba; además, a falta de una fase previa al inicio del mismo, ésta se remite a la valoración probatoria. En ella, si el juez aprecia la ilicitud no podrá entrar a valorarla, debiendo, en todo caso motivar suficientemente cualquiera de los contenidos de su decisión, tanto el ya referido estimatorio cuanto si desestimó la ilicitud, y por ende, la valoró⁸⁶.

La Ordenanza procesal penal alemana opta asimismo 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 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.

La regla general en Holanda es que la ilicitud sólo puede declararse en la sentencia, contemplándose las medidas previstas en el art. 359^a WwSv como un instrumento atinente a la fase prejudicial, de forma que si el Tribunal observa la incorporación de datos obtenidos a través de medios ilícitos, la consecuencia debe ser su subsanación y sólo en casos extremos su exclusión del proceso.

Es cierto que un sector doctrinal ha reclamado regular un incidente previo para excluir la medida ilícitamente obtenida, aunque no representan una posición mayoritaria⁸⁷; muy al contrario, un prestigioso comité asesor gubernamental elaboró un informe con cuatro motivos justificadores de tal rechazo: a) un procedimiento exclusivo así no puede garantizar que el juez no conozca de la ilicitud posteriormente; b) un procedimiento de tal tipo no podría impedir que la defensa planteara la cuestión en el juicio o protestara por la exclusión en tal sede;

⁸⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A, “Comentario al art. 287” en AAVV “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Civitas, 2001, p. 524.

⁸⁶ STS, de 16 de junio de 1987, Arr. Cass1986-87, nr. 627.

⁸⁷ MELAI, 1975, p.161.

como, c) tampoco soluciona qué sucede si el juez se apercibe de la ilegalidad cometida “ex officio”; y d) provoca efectos dilatorios⁸⁸.

En Brasil (sin fase instructora judicial ni intermedia), existe un tratamiento previo a través de su denuncia mediante el “habeas corpus” que determina el archivo si dicha actuación resulta determinante para la acusación. No siendo así o incluso declarada la ilicitud no se excluyen los materiales del “dossier”, incorporándose al juicio para su control judicial. Igual tratamiento tiene lugar en Cuba⁸⁹.

Italia y Portugal desarrollan como hemos tenido ocasión de comprobar un tratamiento igualmente amplio en el tiempo, propiciando reiterar la denuncia de la ilicitud. El Código de procedimiento penal italiano permite aplazar el pronunciamiento sobre la ilicitud hasta el momento de dictar sentencia, si así se estima conveniente, para beneficiarse por ejemplo de la prueba recaída sobre la ilicitud denunciada. Siendo así, la declaración de ilicitud se efectuará en la sentencia en la que naturalmente no se habrá valorado la prueba ilícita⁹⁰.

Finalmente y por contraste, México no prevé 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 prueba⁹¹. En éste sentido el art. 331 del propio código dispone que los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito.

6. A modo de conclusión

A la hora de concluir, no se me escapa que cualquier aproximación a la regla de exclusión debe asumir desde el principio la inexistencia de un tratamiento perfecto, ni en el modo, ni en el tiempo, ni probablemente con vocación universal, para todos los supuestos. Que todo planteamiento jurídico será indefectiblemente parcial e imperfecto y se verá influenciado, entre otros aspectos, por la tremenda permeabilidad de la doctrina sobre la prueba ilícita a los vaivenes en materia de seguridad pública o a importantes reacciones pendulares ante la percepción de un aparente hipergarantismo y su contraria cuando se originen impunidades poco explicables para la opinión pública; debiendo articularse el necesario equilibrio entre los derechos y garantías que actúan en direcciones opuestas.

⁸⁸ MOONS Committee, 1993, van Woensel 2004, p.168.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Art. 374° CPP (*Requisitos da sentença*).

⁹¹ Códigos más recientes, como el de Chihuahua parecen seguir la línea chilena y colombiana, abriendo un periodo específico antes del juicio. (Vid. 311) .

Esta realidad, sin embargo, nada debe impedir fijar unos mínimos con arreglo a los principios señalados en líneas anteriores. Mínimos que se extiendan y comprendan los presupuestos que regirán las limitaciones de derechos fundamentales, pero también las relativas a garantizar las actuaciones policiales, ya sean previas al proceso, ya se incluyan en su fase investigadora, así como a la incorporación de su resultado al proceso o a su admisión y práctica o reproducción en el juicio. Únicamente de este equilibrio surgirá la legitimación estatal a la hora de acometer su deber de preservar los derechos individuales, la seguridad ciudadana y la realización del derecho penal.