

TERESA ARMENTA DEU

**LA PRUEBA ILÍCITA
(UN ESTUDIO COMPARADO)**

Segunda edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	9
PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN	11
PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN	19

CAPÍTULO I CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. PUNTOS DE PARTIDA PARA ABORDAR LA PRUEBA ILÍCITA...	21
1.1. En los países europeos	22
A) Países continentales	22
a) Principio de legalidad	22
b) Búsqueda de la verdad material	23
c) Tensión y ponderación entre bienes esenciales de la sociedad.....	24
B) Reino Unido: entre la búsqueda de la verdad y el modelo adversarial	25
1.2. En los Estados Unidos de Norteamérica: de la integridad judicial a la restricción de los poderes de la autoridad pública y su efecto disuasorio. La indemnización como remedio.....	29
2. PRUEBA ILÍCITA, UN CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN VARIABLE	34
2.1. Inclusión de las prohibiciones probatorias en la Constitución....	35

	Pág.
A) Constitución portuguesa	35
B) Constitución brasileña	36
C) El Código Procesal Penal colombiano.....	38
D) Constitución mexicana	39
2.2. Otorgamiento de un régimen normativo <i>ad hoc</i>	42
A) La <i>inutilizzabilità</i> en el Código Procesal Penal italiano	42
B) El amplio arbitrio judicial y la ponderación de intereses en el Código de Procedimiento Penal holandés	45
2.3. La ilicitud probatoria en la legalidad procesal ordinaria.....	47
A) Incorporando reglas de exclusión en los Códigos procesales u orgánicos	47
a) América Central: la incidencia del Código Modelo en los Códigos procesales penales reformados de Guatemala, Costa Rica, República del Salvador y Nicaragua.....	48
b) El Código Procesal Penal chileno.....	49
c) La aplicación de la regla de exclusión en la regulación orgánica española	50
B) Las prohibiciones de utilización y la «teoría de la ponderación» en la Ordenanza Procesal Penal alemana.....	53
C) El Código Procesal Penal uruguayo	56
2.4. Ausencia de previsión normativa específica de una regla de exclusión	57
A) La nulidad como remedio procesal en el Código Procesal Penal francés y el principio de lealtad.....	57
B) El Código Procesal Penal Nacional argentino y los CPP provinciales.....	61
2.5. Reacciones pendulares: entre periodos de paz social y tesis garantistas e incremento de la criminalidad, la aparición de nuevas formas de criminalidad y el terrorismo.....	63

CAPÍTULO II CAUSAS Y CLASES DE ILICITUD PROBATORIA

1. A TENOR DEL ELEMENTO TEMPORAL.....	68
1.1. Prueba preconstituida y prueba anticipada	69
1.2. La incidencia de la instrucción y su configuración.....	71
1.3. El atestado policial y su valor probatorio.....	73
2. A TENOR DEL ELEMENTO TERRITORIAL	73

	Pág.
2.1. Recepción de prueba obtenida en el extranjero	73
2.2. El «exhorto europeo de obtención de pruebas»	74
3. A TENOR DEL ELEMENTO SUBJETIVO	75
3.1. Sujeto que cometió la ilicitud	75
A) Sujeto público y sujeto privado	76
B) Sujeto privado sin conexión con la autoridad investiga- dora	77
C) Agente encubierto y agente provocador.....	78
3.2. Sujeto a quien beneficia la ilicitud	81
4. A TENOR DEL ELEMENTO NORMATIVO: LAS PROHIBICIO- NES PROBATORIAS	83
4.1. Referidas al objeto de los distintos medios de prueba	84
4.2. Referidas a determinados medios de prueba.....	85
A) Testimonio de referencia.....	86
B) Declaración del coimputado	87
C) Confesión del imputado	87
D) Nuevos medios de prueba: las grabaciones audiovisuales, la información procedente de la prueba de ADN; la ob- servación de las comunicaciones electrónicas y la prueba electrónica.....	90
4.3. Referidas al carácter de las normas vulneradas	95
4.4. La limitación de los derechos fundamentales y su incidencia en la prueba ilícita.....	97

CAPÍTULO III
EFICACIA DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. CONSIDERACIONES GENERALES	103
2. EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA	109
3. LA NULIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FRANCÉS Y LOS SISTEMAS HOLANDÉS Y PORTUGUÉS	112
4. LA <i>INUTILIZZABILITÀ</i> COMO REMEDIO ESPECÍFICAMENTE PROCESAL	114
5. EXTENSIÓN Y/O LÍMITES DE LA PROHIBICIÓN DE VALO- RACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA; EFECTOS INDIRECTOS; «DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO»; RESTRICCIONES DEL EFECTO INDIRECTO Y TESIS ATEMPE- RADORAS	116
5.1. Consagración legal de los efectos reflejos	116

	Pág.
5.2. Líneas jurisprudenciales.....	117
5.3. Las diferentes excepciones a la regla de exclusión en España....	121
A) Aplicación creciente de la doctrina de los frutos del árbol envenenado	121
B) Primeras restricciones: excepciones del «descubrimiento inevitable», de la <i>fuerza independiente</i> , del «hallazgo casual», de la «irregularidad saneada» y de la «buena fe»	121
C) Nueva restricción: la teoría de la conexión de antijuridicidad y la práctica erradicación de la eficacia refleja	123
D) Críticas a la teoría de la conexión de antijuridicidad. Recepción de otras tesis atemperadoras ante determinadas carencias	125
a) El efecto de la <i>ilicitud de la fuente de conocimiento</i> . Confesión del imputado	127
b) Ilicitud de la confesión no informada	128
c) Conocimiento de la ilicitud probable	129
d) Mínima dosis psicoactiva.....	129
E) Supuestos compatibles con la teoría de la desconexión de antijuridicidad	130

CAPÍTULO IV

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ILICITUD PROBATORIA

1. EN GENERAL.....	133
2. TRATAMIENTO PREVIO A LA FASE DE JUICIO.....	136
2.1. Sin previsión legal específica.....	136
2.2. Con previsión normativa específica	139
2.3. En el procedimiento federal de los Estados Unidos de América.....	141
3. TRATAMIENTO EN EL JUICIO.....	141
3.1. En la fase inicial, al abrir el juicio	142
3.2. En la resolución del proceso	143
4. SUJETOS QUE PUEDEN DENUNCIAR LA ILICITUD Y ÓRGANO COMPETENTE PARA PODER DECLARARLA	145
5. TRATAMIENTO EN LOS DIVERSOS PROCESOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	148
5.1. En la fase investigadora	149
5.2. En el juicio del proceso por delitos graves (sumario).....	149
5.3. En el juicio del procedimiento abreviado	150
5.4. En el juicio del procedimiento ante el tribunal del jurado	151

	Pág.
5.5. Declaración de ilicitud una vez dictada la resolución firme. Recursos	152
6. EL MODELO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	152

**CAPÍTULO V
ELEMENTOS PARA EL CONTRASTE**

1. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CONVENIO Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	155
1.1. La prueba ilícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.	156
1.2. Doctrina del Tribunal de Derechos Humanos sobre ilicitud probatoria	157
2. LA PRUEBA ILÍCITA EN LAS TENDENCIAS QUE DELIMITAN LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA UNIÓN EUROPEA	164
2.1. El exhorto europeo de obtención de pruebas	164
2.2. El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la UE.....	167
2.3. Intervención de telecomunicaciones en el Convenio de asistencia judicial de la UE.....	167
2.4. Los equipos conjuntos de investigación penal (breve mención).	169
2.5. La prueba ilícita en el devenir de la armonización europea.....	170
3. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	172
3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica	172
3.2. La ausencia de doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la ilicitud probatoria.....	173
4. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	178
4.1. La sentencia <i>Hudson vs. Michigan</i>	178
4.2. Posiciones frente a la sentencia <i>Hudson vs. Michigan</i>	181
4.3. Una nueva vuelta de tuerca: <i>Herring vs. United States</i> : Restricciones en la aplicación de la <i>Good Faith Exception</i>	182
4.4. Lecciones posibles	183
REFLEXIÓN FINAL	185
BIBLIOGRAFÍA.....	191
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA POR CAPÍTULOS.....	203

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

En 1928, la resolución del caso *The people vs. Defoe* evidenció el claro rechazo del juez Benjamín Natham Cardozo ante la absolución de quien se sabía culpable en aras a la integridad del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Poco después, otro caso, *Olmstead vs. US*, en el mismo año, enfrentó a este magistrado con otro no menos conocido: Oliver Wendell Holmes, autor de un voto disidente que condenaba por consumo y tráfico de drogas en atención a una prueba de cargo decisiva originada en una interceptación telefónica ilegal. El juez Holmes en su voto disidente destacaba gráficamente la necesidad de elegir entre dos cosas igualmente deseables, pero por desgracia incompatibles: «Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para tal fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente [...] Es necesario elegir y, por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno»¹.

Desde otra perspectiva, no por ficticia menos aleccionadora, la película *Los jueces de la ley* —un film muy ilustrativo en cuanto al tema que se presenta— arranca con la persecución policial de un sospechoso de haber asesinado a cuatro ancianas para robarles la pensión que acababan de cobrar. En plena carrera el sospechoso abre el cubo de basura que se

¹ J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida», en CGPJ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, IX, pp. 71-72.

encuentra frente a su domicilio, introduce algo y entra precipitadamente en su casa. Uno de los policías que lo ha visto se dispone a abrir el cubo cuando su compañero se lo impide advirtiéndole que sería ilegal porque el cubo es propiedad privada y carecen de orden judicial. Avistando en ese momento el camión que está próximo a efectuar la recogida, caen en la cuenta que éste sí puede ser objeto de inspección inmediata, por lo que esperan al vertido y proceden al rastreo que da como resultado el hallazgo del arma homicida. Detenido el agresor confiesa ante la policía y también en su primera comparecencia, previa advertencia de todos sus derechos y de las consecuencias de su confesión. Situados ya en la audiencia preliminar ante el juez Steven R. Hadin (Michel Douglas en el film), el abogado del acusado alega que si bien la inspección al camión de basura fue legal, como los agentes no esperaron a que se accionara la palanca que mezcla unas basuras con otras, los desperdicios inspeccionados siguen siendo de carácter privado, requiriendo su inspección la necesaria orden judicial, lo que convierte en ilícita la obtención del arma y todo lo que deriva de la misma, la confesión incluida. El acusado es absuelto ante la certeza de que el tribunal de apelación advertirá la ilicitud y anulará la eficacia de la prueba; absolución que acarrea el consiguiente escándalo de los medios de comunicación y la explícita frustración de la policía y del propio juez Hadin. Los guionistas incrementan el «climax» con un segundo caso de secuestro, violación y asesinato de varios niños de entre ocho y diez años, cuyos presuntos asesinos son detenidos por casualidad a raíz de la intuición de un policía que avista una furgoneta sospechosa donde viajaban. Concedores de las reglas de exclusión, la policía solicita información de la central policial, desde donde se les advierte que hay dos multas de tráfico pendientes de pago; con dicho motivo detienen la furgoneta y tras su identificación, en la que los delincuentes conservan la sangre fría, uno de los agentes afirma que huele a marihuana, y para confirmar sus sospechas se va a la parte posterior de la furgoneta abriéndola, apareciendo ante sus ojos la zapatilla ensangrentada de un niño. Los sospechosos son detenidos y acusados por el asesinato de la última de sus víctimas, un menor de diez años. La siguiente escena nos sitúa ante el mismo juez Hadin, en pleno interrogatorio del abogado de los acusados a los policías sobre los motivos del registro de la furgoneta, como elemento clave para encontrar la zapatilla, prueba de cargo determinante para la acusación. Terminado el mismo, la defensa acaba solicitando la exclusión de la zapatilla como prueba —y ahí es donde el director centra la clave del film y su mensaje de corrupción de la justicia aunque exista plena legalidad— no por el registro derivado de la simple afirmación del policía, sino por la detención de la furgoneta al haberse equivocado la central de policía y resultar que las multas fueron pagadas dos meses antes. La fiscalía informa que desaparecida esa prueba

la acusación no se sostiene, y en contra de su convicción, el juez Hadin apela a que su responsabilidad es que se cumpla la ley, absolviendo a los acusados. El resto del film deriva hacia otro interesante dilema expresado muy gráficamente en la impotente afirmación del citado magistrado «alguien ha secuestrado a la justicia y la ha ocultado en la ley» y la no menos preocupante contestación de su antiguo maestro «nosotros somos la ley», cuya simple exposición excedería con mucho el tema que se presenta aquí, y que no es otro que la situación terrible en estos casos, no por creados para un film ajenos en absoluto a otros reales que lamentablemente con frecuencia exceden su magnitud. Aun aceptando las licencias del guionista y el director del film, no cabe acusar de manipuladora la escena en la que el padre del niño asesinado espeta al juez «le preocupan mucho los derechos de esos monstruos. ¿Qué pasa con los derechos de mi hijo?», o aquellas otras que escenifican la frustración policial y el escándalo de la sociedad que difícilmente percibe el juego de equilibrio de derechos.

Más allá de la licencia que también me he permitido al usar de estos casos —no por ficticios más alejados de una realidad que desgraciadamente supera a la ficción— se podría acudir a otros muchos ejemplos tan reales como significativos, o simplemente situarnos en la posición de alguno de los acusados de hechos relacionados con el 11-S, el 11-M o el 7-J; de los presos de Guantánamo, de sus letrados y de los jueces, cuando confiemos en que así suceda, accedan finalmente a juicio. Y también, cómo no, en la de familiares y víctimas de estos y otros casos imposibles tan siquiera de citar en este momento: los derivados de la lucha contra la criminalidad organizada, la violencia contra la mujer o la pederastia, donde las dudas en su faceta más dramática se reproducen. Frente a este panorama y la ocasional o reiterada impotencia del Estado, se ha planteado si cabe apelar a una pretendida «igualdad de armas» entre la criminalidad y el Estado que la combate permitiendo a los órganos estatales utilizar todos los medios que se encuentren al alcance de los criminales. O negarlo, alegando que también en tiempos de amenazas flagrantes para la seguridad interna necesitamos de ámbitos de libertad ciudadana que sean seguros e indisponibles en el momento de su contraposición y equilibrio con otros fines, porque, como se ha sostenido: «Una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de los principios, los cuales nunca dejará que sean lesionados, aun cuando esta lesión prometa la mayor ganancia. A estos principios pertenece, por ejemplo, la decisión de no torturar sospechosos aun cuando este medio sea la forma de salvar la vida a un rehén inocente»².

² W. HASSEMER, «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada», en *Revista Ciencias Penales*, 1997, año 12, núm. 14. En palabras de este autor.

El trabajo que se presenta no puede, ni tan siquiera pretende, ofrecer una solución inequívoca a cualquiera de los dilemas planteados. Su objetivo más modesto es contribuir a simplificar en lo posible esa complejidad a través de un análisis de la prueba ilícita no tan transitado como otros y que precisamente por tal motivo entiendo constituye una aportación enriquecedora de la abundante literatura doctrinal existente sobre esta institución.

El enfoque se ha orientado desde su inicio a partir de múltiples y variadas perspectivas, intentando enmarcar y sistematizar una materia difícil de reducir a unidad, cuyos derroteros se encuentran frecuentemente sometidos a los vaivenes de las cambiantes circunstancias de un mundo convulso. Tal realidad obliga a un planteamiento jurídico conceptualmente amplio y comprensivo de categorías comúnmente aceptadas para poder alcanzar conclusiones con pretensión de validez general, sustrato ineludible para interesar y resultar de utilidad a lectores de diferentes países y culturas jurídicas, uno de sus objetivos principales.

A tal efecto se ha recurrido a dos instrumentos: un desarrollo general y común, suficientemente amplio, por una parte, y un número importante de fuentes analizadas, por otra. Al primer enfoque corresponde el conjunto de categorías acometidas, que comprenden desde los diversos fundamentos sobre los que se asienta la configuración de la prueba ilícita; su voluble concepto, las clases y efectos de la prueba ilícita, así como su tratamiento procesal. Al segundo, las legislaciones y doctrina europeas y americanas, seleccionadas y analizadas con diversa intensidad en atención no a afanes de exhaustividad, sino a destacar las peculiaridades de cada uno de los ordenamientos en cada uno de los aspectos tratados, como, a título de ejemplo, las múltiples teorías en torno a la «*exclusionary rule*» y la jurisprudencia de los tribunales de los EEUU de Norteamérica; la remisión al régimen general de las nulidades en Francia, o el concepto de la *inutilizzabilità* en Italia, en atención a haber incorporado una categoría novedosa y sugerente.

Otros ordenamientos, como el español, deben la inclusión y análisis de su cuerpo legal, doctrinal y jurisprudencial, no tanto a ser el más conocido por la autora, cuanto a ofrecer una visión especialmente ilustrativa de los vaivenes a los que frecuentemente se ve sometida la prueba ilícita. O finalmente, unos últimos, se incorporan en atención a haber sido objeto de una regulación novedosa y frecuentemente atenta a un tratamiento específico de la ilicitud probatoria, o por justo lo contrario, acudir al planteamiento tradicional de remisión a remedios procesales conocidos. Como el lector comprobará, de todos y cada uno cabe extraer alguna lección y por supues-

to su análisis conjunto ofrece una visión general y plural tan amplia como ilustrativa³.

La tarea propuesta no ha dejado de presentar alguna dificultad. El elevado número y complejidad de cada uno de los conceptos que acompañan al planteamiento, desarrollo y conclusión de la doctrina sobre la prueba ilícita (finalidad del proceso penal; búsqueda de la verdad formal y material; regla de exclusión; teorías de la ponderación, de la conexión de antijuridicidad; principios de legalidad, de lealtad, de proporcionalidad...) aconsejaron desde un principio desechar el análisis pormenorizado de todas y cada una de tales categorías jurídicas. E idéntico motivo fundamenta el desistir de la exposición del tratamiento de la prueba ilícita en todos y cada uno de los países mencionados. Actuar de otra forma acarrearía el riesgo de enredar y confundir el objetivo concreto de esta monografía.

Así las cosas y sin renunciar a una visión clara y sistemática y en ocasiones ciertamente extensa y profunda de muchas de las instituciones citadas, se renuncia al estudio a fondo de muchos aspectos, en atención además a la existencia de numerosos análisis doctrinales, de los que se irá dando cumplida cuenta en las correspondientes referencias bibliográficas.

Se ha priorizado la pluralidad y sistematización de un elenco de perspectivas diferentes para arrojar luz al conjunto y estar en condiciones de mostrar una visión esclarecedora que pudiera ser útil para futuras investigaciones. Así sucede con la aproximación a un concepto de prueba ilícita, calificado con justicia «de configuración variable», como corresponde por otra parte a los intereses opuestos a los que pretende servir; configuración que permite abordar además las plurales perspectivas desde las que se acomete la ilicitud probatoria, a partir de aquellas que la elevan a la máxima categoría, incorporándola a la correspondiente Norma Suprema; las que la contemplan en los correspondientes códigos procesales si bien a través de la creación de una categoría jurídica específica; o las que la consagran legalmente previendo específicamente una regla de exclusión, acompañada en ocasiones de las formas específicas para enervar la exclusión, esto es, de las tesis atemperadoras aplicables. Y conformando un último grado, desde esta perspectiva del tratamiento específico, otros ordenamientos, de-

³ En ocasiones me serviré de las respuestas a un cuestionario enviado a sendos investigadores con ocasión del Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Salvador, Bahía, en septiembre de 2007. Entre los europeos: Sabine GLESS y Jan WENNEKERS (Alemania); Frank VERBRUGGEN (Bélgica); Fernando GASCÓN INCHAUSTI (España); Juliette LELIEUR-FISCHER (Francia); Marc GROENHUIJSEN (Holanda); Paolo TONINI (Italia); y Elena BURGOA y Teresa BELEZA (Portugal). Entre los americanos: Rita MILL (Argentina); Antonio SCARANCE FERNANDES (Brasil); Raul TAVOLARI (Chile); Jairo PARRA QUIJANO (Colombia); Juan MENDOZA DÍAZ (Cuba); Carlos F. NATARÉN (México), y Raquel LANDEIRA (Uruguay). A todos mi agradecimiento.

ensores de la suficiencia del régimen ya existente sobre las nulidades procesales para una correcta configuración y tratamiento de la prueba ilícita.

El estudio de las causas y clases de ilicitud probatoria cumple un doble objetivo: por una parte, sistematizar las múltiples formas que originan o conforman la ilicitud probatoria, y desde tal atalaya las diferentes y relevantes perspectivas reseñables, como la que aporta el elemento subjetivo, que se trate de un sujeto público o privado, de a quién beneficia la ilicitud, y más en concreto, si es al acusado o las figuras del agente encubierto y provocador, de progresivo interés en una época de creciente complejidad en la investigación y persecución penal. Pero además, y por otra parte, la explicación no exhaustiva, pero sí suficiente, propicia una referencia esclarecedora de múltiples categorías jurídicas que forman parte o se encuentran en íntima conexión con el objeto de este trabajo, como la prueba preconstituida o la sustancialidad que corresponde a la limitación de los derechos fundamentales en la configuración de la prueba ilícita.

La ineficacia probatoria es clave de bóveda interpretativa de la configuración jurídica general en torno a la prueba ilícita. Dicha ausencia de eficacia se articula en una graduación que recorre desde la nulidad a la mera irregularidad, pasando por la anulabilidad y planteando en el supuesto de la nulidad, además, si ésta se extiende a los efectos indirectos o reflejos; aspecto este último que conduce rectamente al análisis a fondo de las diferentes doctrinas a las que se acude para explicar la doctrina conocida comúnmente como «frutos del árbol envenenado», así como al de la vasta gama de tesis atemperadoras de la extensión de la ineficacia implícita en la aplicación de la citada doctrina, recurriendo a diversas consideraciones: la buena fe de quien comete la ilicitud; el descubrimiento inevitable, la obtención mediante fuente independiente y otras consagradas legalmente en algunos ordenamientos. Tratándose de un aspecto que ha generado un ingente número de trabajos doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales y aprovechando que en esta materia específica España ha recorrido prácticamente todas las etapas de la citada graduación, se utiliza este ordenamiento como paradigma de lo acontecido en otras latitudes.

El tratamiento procesal es el complemento ineludible y el nexo de unión más claro con la eficacia de la prueba ilícita. De hecho, cualquier planteamiento de esta última debe cohonestarse necesariamente con el tratamiento procesal, y viceversa. Se ha querido destacar en la exposición de esta materia una circunstancia determinante y discutida frecuentemente cual es el momento en el que debe denunciarse la ilicitud de las fuentes o medios probatorios, ya sea inicialmente, excluyendo así de raíz todo tipo de contaminación pero arrojando inevitablemente tanto el riesgo de

ignorar otras fuentes como de limitar el derecho de defensa o incluso el peligro de fraude procesal, derivado de su utilización estratégica en una fase posterior; ya sea, abierto el juicio oral, por defender la naturaleza jurisdiccional del pronunciamiento que pudiera derivar en la exclusión de la fuente o medio de prueba, la dilación implícita en su tratamiento previo o el hecho de propiciar el ejercicio del derecho de defensa.

Todos los aspectos citados hubieran cumplido las expectativas de una investigación seria sobre la prueba ilícita. He creído, sin embargo, que el resultado final se enriquecería notablemente con la inclusión de lo que he llamado elementos para el contraste, destacando tres elementos: en primer término, la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, marco de referencia obligada tanto para la incipiente legislación comunitaria, a la que también se dedica un apartado, cuanto para la doctrina de los diferentes tribunales nacionales europeos. En segundo lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parangón idóneo en el continente americano, que pese a carecer de doctrina en esta materia, justifica la cita de algún elemento conexo con la prueba ilícita. Finalmente, se dejaría un hueco importante al no mencionar, de forma breve pero relevante, la línea que marca una de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América sobre esta materia, en cuanto esta jurisprudencia, pese a su enfoque diverso, constituye referente continuo y común de todas las legislaciones analizadas y líder a la hora de fijar tendencias en los países de su amplio marco de influencia.

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN¹

Esta segunda edición, tras un plazo relativamente breve desde la primera, acomete dos tipos de novedades que atienden, en primer lugar, a temas merecedores de un tratamiento más pormenorizado, omitido en la primera edición por razones sólo relevantes para constatar que han sido remediadas, y en segundo lugar, a los cambios surgidos en los dos últimos años, que en una materia tan viva no son pocos.

De entre unos y otros resaltaré inicialmente sólo tres: la inclusión de nuevos métodos probatorios conectados mayoritariamente con el uso de nuevas tecnologías en la investigación, el tratamiento procesal de la prueba ilícita en los procedimientos españoles más significativos, y la dirección que sigue la «*Exclusionary rule*» en los Estados Unidos de América. El análisis de los nuevos métodos probatorios se acompaña de sendas referencias a temas de continua actualidad, como la confesión del imputado ante la policía, los testigos de referencia o el testimonio del coimputado. El tratamiento procesal de la prueba ilícita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como muestra ilustrativa de las diversas variantes posibles, se pormenoriza a partir del previsto en el propio texto normativo o de las actuaciones que se adoptan en su defecto. En cuanto a la situación actual de la «*Exclusionary rule*» en los Estados Unidos de América, constituye una novedad significativa por el debate generado a raíz de la penúltima sentencia, constatando la clara regresión en su aplicación, confirmada después

¹ Esta edición ha sido realizada disfrutando de dos ayudas a la investigación: I+D, *Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal*. DER2010-15919 (subprograma JURI); y Grupo de investigación consolidado: *Cuestiones actuales de Derecho procesal*. 2009-2013 (SGR 762).

por una nueva resolución de la Corte Suprema norteamericana (la última, por ahora). No es el único debate. Los ordenamientos de algunos países han sido objeto de reforma y/o de nuevas tendencias jurisprudenciales que se recogen en los apartados correspondientes. A lo que se suma la actualización de las novedades normativas de la Unión Europea en materia de prueba, completada con las más recientes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actuando como crisol en la línea iniciada, a efectos de servir de orientación común para una configuración legal armonizada en Europa. El orden de exposición se mantiene al haber demostrado su eficacia, requiriendo únicamente adicionar los nuevos apartados, la reciente doctrina y jurisprudencia y la extensión a países que actúan como parangón.

Fruto también de una siempre enriquecedora segunda reflexión son las referencias a las distintas perspectivas con que se acomete la prueba ilícita en los dos grandes sistemas que sirven de referencia común, el adversativo y el mixto: la angloamericana, centrada en regular los medios de prueba y su obtención, sin contemplar «a priori» reglas de exclusión, y la continental, enfocada más directamente sobre los medios de adquisición de las fuentes de prueba, aspecto regulado específicamente bajo pena de nulidad.

Si en la primera edición era de justicia agradecer a los autores que habían compartido conmigo mucha información sobre sus respectivos países, en esta segunda el agradecimiento debe extenderse en primer lugar a las personas que han leído el libro y han querido trasladarme sus valoraciones críticas, y en segundo lugar, a aquellos que a ambos lados del Atlántico han colaborado en diferentes congresos, seminarios y cursos, ampliando el horizonte de mi conocimiento y mi capacidad de contraste, y a quienes no nombro uno por uno por evitar olvidos involuntarios y porque afortunadamente ocuparían una larga lista. Confío en que este renovado esfuerzo no traicione sus expectativas y las de otros posibles nuevos lectores.

Barcelona-Girona, marzo 2011

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. PUNTOS DE PARTIDA PARA ABORDAR LA PRUEBA ILÍCITA

La diversidad de países y ordenamientos contrastados configuran un espectro amplio y plural en el que se perciben diversas perspectivas a la hora de enfocar el común supuesto de la ilicitud probatoria. Se quiere significar, así, las diferencias y asimilaciones entre unos y otros, y a la vez, el ámbito de influencias entre todos ellos.

El esquema a través del cual se agrupa su exposición sigue una línea que los divide entre aquellos que se incluyen en la tradición jurídica europea y los Estados Unidos de América, subdividiendo a su vez los primeros entre los continentales y los anglosajones.

Destaca ya inicialmente que las perspectivas con que se acomete la prueba ilícita en los Estados Unidos de América y los países continentales y latinoamericanos difiere. La perspectiva angloamericana se centra en regular los medios de prueba y su obtención, sin que existan «a priori» reglas de exclusión, en tanto los sistemas continentales centran sus esfuerzos en los medios de adquisición de las fuentes de prueba, aspecto regulado específicamente bajo pena de nulidad. No es la única diferencia como veremos inmediatamente.

1.1. EN LOS PAÍSES EUROPEOS

Caracteriza a los países europeos, incluyendo a la Gran Bretaña, la conexión de la doctrina sobre la ilicitud probatoria con la búsqueda de la verdad y los límites a que debe acogerse la misma, ya sea enfatizando la rigurosa aplicación del principio de legalidad, los fines del proceso penal o la tensión existente entre diversos fines esenciales de la sociedad, ya sea la persecución de los delitos y la protección de los derechos individuales. Sólo en menor medida, al menos originariamente, se percibe una atención hacia el componente subjetivo, o lo que es lo mismo, hacia el efecto aleccionador sobre el quehacer de los agentes públicos encargados de la obtención de las fuentes que servirán para la repetida búsqueda.

En el *adversary system* estadounidense, la doctrina sobre la *exclusionary rule* se centra en contener los posibles abusos que puedan producirse en los derechos por parte de los responsables públicos en la persecución de los hechos delictivos.

A) Países continentales

La clave diferencial entre los sistemas continentales y el anglosajón es el respeto más acusado en los primeros hacia el principio de legalidad, que exige que la obtención de la verdad siga los parámetros de un proceso legalmente establecido. A partir de ahí, las configuraciones más actuales inciden especialmente en el difícil equilibrio a que se somete la conjugación de intereses tan contrapuestos como legítimamente dignos de tutela; así a título de ejemplo y acudiendo a una formulación general: la protección y castigo de las conductas infractoras y la tutela de intereses individuales, limitando el quehacer del Estado, en el primer caso, y excluyendo concretos medios de prueba, en el segundo.

a) *Principio de legalidad*

En los países de tradición 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 en enervar la presunción de inocencia a través de «pruebas legales»¹.

¹ Nótese que esta situación no es exclusiva de los países conocidos como continentales, Reino Unido se ha visto sometido a dilema semejante, como inmediatamente se expone en *infra*. B).

b) *Búsqueda de la verdad material*

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 prueba². Actualmente, las exigencias de un sistema acusatorio, la imparcialidad judicial y el juego del principio de aportación de parte contribuyen a matizar la rotundidad de tal afirmación desde el momento en que, durante la fase de averiguación del proceso se buscará dilucidar los hechos relevantes para la acusación y defensa, aportando fuentes de prueba que se incorporen al proceso a través de los correspondientes medios conforme a la legalidad vigente, en tanto en el juicio dicha verdad estará circunscrita por los hechos controvertidos, las pruebas practicadas, su valoración y las reglas de la carga de la prueba.

Con todo, en el sistema europeo continental se reconocen facultades al juzgador que contribuyen con las partes a verificar las afirmaciones de hecho, sin entender comprometida así su imparcialidad: en el proceso alemán (pgfs. 244.2; 202; 216 y 214 todos de la StPO)³; en el CPP francés (arts. 81; 310 y 456 CPP), en el belga (art. 319. Al 3 CPP), en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española⁴, y en el reformado CPP de Portugal, que hace desaparecer la instrucción judicial pero mantiene la búsqueda de la verdad material como un postulado esencial (art. 340.1 CPP)⁵.

² La distinción entre fuente y medio de prueba ofrece singular relevancia en diversos aspectos, como iremos viendo en diferentes apartados. Conceptualmente fue propuesta por F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, Buenos Aires, 1955, pp. 65-70, y posteriormente incorporada a nuestro acervo jurídico por S. SENTIS MELENDO, «Fuentes y medios de prueba», en *La prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1978, pp. 144 y ss. Sobre esta 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». 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. J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 69 y ss.

³ E. BELING, *Derecho Procesal penal*, trad. FENECH, Buenos Aires, 1943, pp. 212 y ss., y más actual y concretamente K. HEINZ GÖSSEL, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídicos-constitucionales y políticos-criminales», trad. M. POLAINO NAVARRETE, *Cuadernos de política criminal*, 1991, núm. 45, pp. 673 a 693.

⁴ Exposición de motivos; arts. 406 y 729 LECrim.

⁵ MARQUÉS FERREIRA, «Meios de prova», en *O novo código de processo penal*, Coimbra, 1989, pp. 231 y ss.

Posición intermedia, si bien más próxima al adversativo, al convertirlo en su modelo, es el CPP italiano de 1988, que hace desaparecer la repetida búsqueda de la verdad material como una de las finalidades del proceso, manteniendo, sin embargo, la actuación extraordinaria del juez en materia probatoria en su art. 507 CPP.

En definitiva, desde la perspectiva de los ordenamientos incluidos en el conocido como *civil law* o sistema continental, la ilicitud probatoria plantea si para obtener una sentencia al menos tendencialmente más justa, vale todo o si, por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el Derecho penal⁶. Con otras palabras, la realización del Derecho penal que pasa por enervar la presunción de inocencia, exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso, que se haya obtenido en un «*procès équitable*» (art. 6 CEDDHH); y en el que se hayan respetado las garantías del «proceso debido» (art. 8 CADDHH), el «*fairness process*» o cualquier otra denominación acuñada.

c) *Tensión y ponderación entre bienes esenciales de la sociedad*

En 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, así como 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 la intersección 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: No debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no sólo éstos), comprendiendo

⁶ Esta idea fundamentaba, ya a principios del siglo pasado, una obra de E. BELING, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahraeitforschung in Strafprozess*, Breslau, 1903.

aquí tanto los 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; derecho de defensa; derecho de asistencia letrada; derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes). Cada uno de estos grupos de derechos actúa de manera diferente y sobre objetos diversos. Los primeros limitan 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 proceso⁷. Ambos, desde sus respectivas perspectivas, legitiman el Estado de Derecho⁸.

B) Reino Unido: entre la búsqueda de la verdad y el modelo adversarial

La configuración adversarial del sistema de persecución penal en Inglaterra y Gales, a los que se dedicará una breve referencia general introductoria, implica que los tribunales carecen de facultades de actuación de oficio, lo que de hecho acarrea que la investigación no corresponda a la autoridad judicial y que no exista una auténtica fase de instrucción; que se precise de alguien ajeno para acusar; que el acusador tenga la carga de probar los hechos que imputa y la culpabilidad del acusado (presunción de inocencia); y finalmente, que el acusado tenga derecho a incorporar sus propias pruebas de descargo y especialmente de someter a examen crítico las pruebas de cargo aportadas por el actor⁹. De hecho, el modelo adversarial en materia de prueba, al consagrar la aportación de parte, se basa indefectiblemente en la superación del concepto de verdad objetiva y su sustitución por el de prueba dialéctica o prueba como argumento¹⁰.

⁷ 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. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «El juicio oral. La prueba», en AAVV, *Hacia un nuevo proceso penal*, Manuales de Formación continuada, núm. 32, CGPJ, 2005, p. 381. Tales límites conforman la sujeción a una serie de reglas informadas por el principio de proporcionalidad.

⁸ Se habla de una *faceta negativa de los derechos fundamentales*, relativa al ámbito de poder del ciudadano frente a los poderes públicos y una *faceta positiva*, referente a las obligaciones generadas normativamente por el Estado en defensa de esos derechos. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de derecho», en AAVV, *Fundamentos*, núm. 4, *Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, Junta General del Principado de Asturias, pp. 205 y ss.

⁹ R. J. WALKER, *The English Legal System*, 6.ª ed., London, Butterworths, 1985.

¹⁰ J. DÍAZ CABIALE, «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1991, p. 321.