

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE ‘CESARE BECCARIA’



EN COTUTELA CON UNIVERSIDAD DE GIRONA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



TESIS DOCTORAL

**‘Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita.
Inutilizabilidad e ineficacia de la prueba: diálogo italo-español’**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

Agustina Alvarado Urizar

Directores

Luca Lupària Donati
Teresa Armenta Deu

Milán, 2017

INDICE

Abreviaturas	11
Introducción.....	13

Capítulo I

Regla de exclusión de prueba: cuestiones preliminares

I. Hacia un concepto teórico de regla de exclusión como criterio identificativo y técnica de tipificación	21
1. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión». Elementos estructurales de la regla	21
2. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como criterio identificativo	24
a) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico italiano	24
b) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico español	25
3. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como técnica de tipificación	25
a) Técnicas de tipificación por «especialidad»	26
b) Técnicas de tipificación por «subordinación»	26
4. Identificación de las técnicas de exclusión en el sistema italo-español	27
a) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico italiano: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»	27
i. Inutilizabilidad patológica	28
ii. Inutilizabilidad fisiológica	29
iii. Consideraciones críticas	30
b) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico español: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»	32
i. Reglas de exclusión «analíticas» o «prohibiciones probatorias»	32
ii. Reglas de exclusión «subordinadas» e impropiedad lingüística en el uso del término «prueba ilícita»	34
II. «Fundamento» axiológico del «Régimen general» de exclusión de prueba	37
1. Evolución del concepto de «verdad» y de «prueba»	37
a) Régimen de «prueba legal» y verdad «probable»	37
b) Régimen de libertad de prueba; «principio de libre convencimiento del juez» y verdad «material»	40
c) «Verdad material» y «Prueba demostrativa». Consideraciones críticas	42
d) Hacia un concepto de «prueba jurídica o institucionalizada» y simplemente «verdad»	45
2. Fundamento político y epistemológico. Clasificación de las reglas de exclusión probatoria según su función	48
a) Reglas de exclusión epistémicas	49
b) Reglas de exclusión éticas	50
III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba ilícita: Enfoques argumentativos tradicionales	52
1. Posición preferente de los derechos fundamentales y «efecto disuasorio» de la « <i>exclusionary rule</i> » en el contexto estadounidense	52

2.	Posición preferente de los derechos fundamentales como fundamento de la regla de exclusión en el contexto español	57
a)	Origen jurisprudencial de la regla de exclusión: STC 114/1984.....	57
i.	Cuestiones de hecho de la STC 114/1984	59
ii.	Cuestiones de derecho de la STC 114/1984.....	59
b)	Introducción de la regla de exclusión a nivel normativo: art. 11.1 LOPJ	60
i.	Posición minoritaria del «efecto disuasorio» como fundamento de la regla de exclusión.....	60
ii.	Posición mayoritaria en orden al «fundamento material» de la regla de exclusión en la posición preferente de los derechos fundamentales.....	65
3.	Fundamento de la regla de exclusión en el contexto italiano: principio de legalidad	69
a)	Código procesal penal italiano de 1930.....	69
i.	Modelo y aspectos teórico-normativos.....	69
ii.	Aspectos críticos detonantes de la reforma	71
iii.	Concepto de «prueba inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i de 1930.....	75
b)	Código procesal penal italiano de 1988.....	78
i.	Modelo y aspectos teóricos	78
ii.	Modelo y aspectos normativos	79
iii.	Plausibilidad del concepto de prueba «inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988	82

IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco del «fundamento» general del régimen de exclusión de prueba..... 88

1.	La absoluta relevancia de una debida aprehensión del fundamento del régimen general de exclusión de prueba que se ha sintetizado en la sección anterior es el primer paso a una concreción del fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita.	89
2.	La cuestión sobre una especial fundamentación para esta clase de regla no ha sido abordada en plenitud; y ello ha conducido a que en ocasiones el argumento parezca mimetizarse y, en definitiva, confundirse con la naturaleza jurídica de la regla.....	89
3.	Necesidad de determinar un «fundamento propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita, a explicar el por qué de su <i>deber ser</i> en un determinado ordenamiento jurídico.....	90
4.	Necesidad de distinguir entre el «fundamento propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita y la naturaleza jurídica de la norma.....	90

Capítulo II

Naturaleza jurídica de la regla de exclusión en los enfoques tradicionales materiales y su régimen de efectos

I. «Naturaleza jurídica» de la regla de exclusión desde la perspectiva del titular del «derecho fundamental a la prueba»..... 93

1.	Contenido del derecho a la prueba en su sentido subjetivo.....	93
a)	Marco normativo del derecho a la prueba	93
b)	Medios de impugnación	96
2.	Contenido del derecho a la prueba en su sentido objetivo: configuración del «régimen de exclusión de prueba»	97
a)	Reglas de admisión probatoria para la fijación del « <i>thema probandum</i> »	99
b)	Reglas de admisión dirigidas al control de legitimidad/licitud de la prueba.....	101

3. Consecuencias procesales de la consideración de la regla de exclusión subordinada como «límite» al derecho a la prueba..... 105
 - a) Diversas aproximaciones a su naturaleza jurídica: deber, sanción y carga procesal 105
 - b) Interpretación restringida de los límites al derecho fundamental a la prueba 106

II. «Naturaleza jurídica» de regla de exclusión desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto italiano..... 107

1. Garantía subjetiva del derecho fundamental al «debido proceso» 107
2. Régimen procesal para exigir su aplicación 108
 - a) Audiencia preliminar con carácter no «preclusivo»..... 109
 - b) Al inicio del juicio oral y durante su desarrollo 110
 - c) Efecto de la aplicación de la regla de exclusión..... 111
3. Régimen de impugnación en caso de inaplicación de la regla de exclusión 112
 - a) Debate sobre la naturaleza jurídica del «vicio» y causal invocada 112
 - b) Recurso de Apelación y Recurso de Casación 114
4. Efecto reflejo y prueba derivada..... 115
 - a) Breve distinción entre prueba refleja y prueba derivada 116
 - b) Posición doctrinal contraria a la inutilizabilidad derivada 118
 - c) Posición doctrinal favorable a la inutilizabilidad derivada 120
 - d) Particular referencia al registro prohibido y los efectos del secuestro sucesivo: male captum bene retentum y «cuerpo del delito»..... 125
5. Prueba prohibida «favor rei» y utilizabilidad «in bonam partem»..... 129
 - a) Utilizabilidad in bonam partem en el Código de 1930..... 129
 - b) Utilizabilidad in bonam partem en el Código de 1989..... 131

III. Debate acerca de la «naturaleza jurídica» del art. 11.1 LOPJ desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto español 134

1. Posición minoritaria: art. 11.1 LOPJ como Regla de exclusión en el contexto español..... 134
 - a) Regla de exclusión como garantía integrada en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías..... 134
 - b) Regla de exclusión como garantía integrada en cada derecho fundamental sustancial 138
2. Posición mayoritaria: art. 11.1 LOPJ como garantía procesal del derecho a la presunción de inocencia: prohibición de valoración..... 141
 - a) Posición doctrinal mayoritaria..... 141
 - b) Actual tendencia jurisprudencial del TC (2011-2016) 147
 - c) Actual tendencia jurisprudencial del TS (2011-2016)..... 150
3. Análisis de los argumentos esgrimidos por la posición mayoritaria para negar la naturaleza jurídica de regla de exclusión al art. 11.1 LOPJ 153
 - a) La consagración del art. 11.1 LOPJ a nivel legal y no constitucional..... 153
 - b) Lectura [errónea] de la STC 114/1984 155
 - c) Lectura [errónea] de la STC 81/1998 158
 - i. STC 114/1984 y descarte del derecho fundamental a la presunción de inocencia 159
 - ii. STC 81/1998 y derecho a la presunción de inocencia..... 161
 - d) Ausencia de recurso en contra de la resolución que admite la prueba 164
 - e) Inexistencia de una instancia procesal autónoma para su alegación 169

4.	Régimen procesal del art. 11.1 LOPJ	170
a)	Régimen procesal para exigir la aplicación del art. 11.1 LOPJ.....	170
i.	Ausencia de norma expresa en fase intermedia e insuficiente estructura.....	171
ii.	Al inicio de la vista del juicio oral sin carácter preclusivo.....	174
iii.	En los informes sobre la prueba y en las calificaciones definitivas	178
b)	Efecto de la aplicación del art. 11.1 LOPJ	179
i.	Posición mayoritaria partidaria de la resolución del asunto en la sentencia: no valoración	180
ii.	Posición minoritaria y expulsión del material ilícito.....	181
c)	Régimen procesal en caso de inaplicación del art. 11.1 LOPJ	182
5.	Efecto reflejo y prueba derivada.....	185
a)	Sobre el reconocimiento del efecto reflejo	186
b)	Premisas de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad».....	189
i.	Nueva naturaleza jurídica de la garantía del art. 11.1 LOPJ	191
ii.	Carácter relativo de las limitaciones a los derechos fundamentales y carácter «restringible» de la garantía de inadmisión.....	194
c)	Contenido del juicio de experiencia de la doctrina de conexión de antijuridicidad.	197
i.	Perspectiva interna: índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado	197
ii.	Perspectiva externa: necesidad de tutela y efecto disuasorio	203
iii.	Carácter complementario de ambas perspectivas.....	206
d)	Male captum bene retendum bajo la fórmula «fin constitucionalmente legítimo» ..	209
6.	Excepciones a la aplicación del art. 11.1 LOPJ.....	212
a)	Excepciones en materia de prueba originaria	212
i.	Excepción de buena fe.....	212
ii.	Prueba ilícita favor rei	215
b)	Excepciones en materia de efecto reflejo	218
i.	Declaración voluntaria del imputado en instrucción y/o juicio oral.....	218
ii.	Descubrimiento probable o hipotéticamente independiente.....	227

IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco de la «naturaleza jurídica» de la regla en el régimen general de exclusión de prueba

1.	Inefectividad del principio de neutralidad psíquica del juzgador.....	229
2.	Similares problemáticas respecto de la impugnación en caso de inaplicación de la norma.....	230
3.	Generalizada resistencia a reconocer la aplicación del efecto reflejo	231

Capítulo III

Supuesto de aplicación de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias y procedimiento probatorio

I.	Antecedentes del proceso de reforma del c.p.p.i de 1930.....	234
1.	Premisa de la reforma: principio de contradicción en la formación de la prueba	234
2.	Posiciones doctrinales frente a la reforma.....	235
a)	Posición refractaria a la reforma y principio de libre convencimiento del juez	235
b)	Solución prospectada por Cordero y Carnelutti: prohibición de utilización de prueba formada sin contradictorio.....	235

c)	Solución prospectada por Nuvolone: anticipación de la contradicción.....	236
d)	Solución mixta prospectada por el c.p.p.i. de 1988.....	237
II.	Premisas de la posición mayoritaria bajo la vigencia del código de 1930	239
1.	Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del libre convencimiento del juez.....	239
a)	Configuración del «procedimiento probatorio» en la tesis corderiana.....	239
b)	Conceptualización corderiana del «procedimiento probatorio» subyacente en el sistema español.....	242
2.	Consecuencias de la conceptualización de «procedimiento probatorio» en materia de «prueba ilícita»	243
3.	Categorías de «Invalidez» e «Ilícitud» de los actos procesales: normas de competencia y normas de mandato.....	245
III.	Tesis postuladas por la posición mayoritaria bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930 y argumentos para su perpetuación al alero del c.p.p.i. de 1989	248
1.	Desestimación de otras fuentes normativas sustanciales (penales y constitucionales) como fuentes de prohibiciones probatorias	248
a)	Negación de la categoría autónoma de «prueba ilícita».....	248
i.	Tajante separación entre derecho sustantivo y adjetivo e inexistencia de regla expresa de inadmisibilidad de prueba en virtud de su «ilícitud sustancial».....	249
ii.	Imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad ordinaria para la inadmisión de «prueba ilícita».....	251
b)	Negación de la categoría autónoma de «prueba inconstitucional»: imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad constitucional para la inadmisión de «prueba ilícita»	255
c)	Debate bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988.....	258
i.	Posición doctrinal mayoritaria continuadora de la tesis corderiana	258
ii.	Posición minoritaria contraria a la tesis corderiana.....	261
iii.	Especial referencia a las conductas ilícitas del privado.....	266
2.	«Poder instructorio del juez» como criterio identificativo de prohibiciones probatorias	268
a)	Formulación original del criterio y su perpetuación a propósito de la inutilizabilidad. Antecedente de la doctrina del male captum bene retendum	269
b)	Consideraciones críticas formuladas por la doctrina y criterio de la «naturaleza del interés protegido»	272
c)	Segue. Inutilizabilidad y principio de taxatividad del vicio-sanción vs. principio de no sustitución.....	276
d)	Segue. Falta de reconocimiento del principio de no sustitución en el marco español. Análisis de la expresión «prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales»	280
i.	Infracción «directa e indirecta» de un derecho fundamental: principio de no sustitución débil.....	282
ii.	Uso «directo e indirecto» de prueba obtenida con infracción de un derecho fundamental en vía originaria: efecto reflejo.....	284
e)	Lectura personal crítica al «poder instructorio» desde la naturaleza intrínseca de las normas de mandato.....	288

i. Normas de mandato: concepto de «antijuridicidad» del acto y proporcionalidad de la invalidez.....	290
ii. Normas de competencia y su efecto disuasorio«reforzado» mediante normas de mandato	292

IV. Ámbito de operatividad de la «prohibición de utilizabilidad»/«prohibición de valoración»de «prueba prohibida» en fase de «valoración» 294

1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del convencimiento del juez.....	294
a) Errónea identificación del desvalor atribuido a las pruebas legales bajo el antiguo régimen	294
b) Correcta lectura del principio del libre convencimiento del juez y diversa conceptualización del procedimiento probatorio.....	297
c) Prohibición de inutilizabilidad del c.p.p.i de 1988 y prohibición de valoración española	299
d) Consecuencias respecto del régimen recursivo	301
2. Distinción entre principio de libre valoración de la prueba y principio del convencimiento del juez: «motivación-actividad» y «motivación-producto»	301
d) Distinción en el contexto italiano bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988	302
e) Distinción sostenida en el contexto español.....	307
i. Ausencia de una adecuada distinción en conexión con su ubicación en el marco del procedimiento probatorio	307
ii. Perspectiva personal crítica desde la óptica del derecho fundamental a la presunción de inocencia (regla de juicio) y el principio <i>in dubio pro reo</i>	311
f) Inevitable influencia psicológica de la prueba prohibida en la decisión	316
i. Necesaria configuración de las prohibiciones probatorias en clave de regla de exclusión en sentido técnico	316
ii. Insuficiencia de la exigencia de una declaración expresa de inutilizabilidad/ineficacia	317
iii. Principio de presunción de inocencia como principio estructural del sistema.....	320
3. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» del art. 191 c.p.p.i. y aplicación del régimen de inutilizabilidad únicamente a la prueba constituida.....	322
a) Interpretación restringida referida únicamente a la «prueba constituida» en conexión al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»	322
i. Consideraciones en torno a la «prueba constituida» y «prueba constituida»	323
ii. Consideraciones en torno al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»	325
b) Interpretación amplia comprensiva de «prueba constituida» y «constituida»	326
c) Enfoque personal crítico al rechazo de la prueba constituida	327
i. Doble naturaleza jurídica de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba	327
ii. Interpretación funcional de las «prohibiciones probatorias».....	330
4. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» y ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de admisión» de prueba en fases anteriores al juicio	333
a) Posición doctrinal contraria a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar	333

b)	Posición doctrinal favorable a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar	334
c)	Debate en el contexto español relativo a la posibilidad de declaración de exclusión de prueba en forma previa al juicio oral.....	340
5.	Efectivo ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de asunción» de prueba y su superposición con hipótesis de nulidad	346
a)	Extremos del debate en el contexto italiano: «pruebas adquiridas»	346
i.	Posición doctrinal contraria al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba	348
ii.	Posición doctrinal favorable al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba	349
iii.	Soluciones interpretativas en caso de sobreposición de sanciones.....	352
b)	Extremos del debate en el contexto español: «pruebas obtenidas»	355
6.	Efectivo reconocimiento de «reglas probatorias de asunción» de prueba y su absorción en hipótesis de nulidad del art. 238 ss. LOPJ	355
a)	«Pruebas obtenidas» en sentido material: ilicitud en fase preprocedimental y en fase de investigación con infracción de legalidad constitucional	356
i.	Posición restringida a los derechos fundamentales de carácter sustancial de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución.....	358
ii.	Posición intermedia de los derechos fundamentales de carácter sustancial y ciertos derechos de carácter procesal	360
iii.	Posición extensiva a los derechos «constitucionales»	361
b)	«Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de investigación preliminar por infracción de legalidad ordinaria (primer supuesto de prueba irregular)	362
i.	Posición mayoritaria y tratamiento de las pruebas irregulares ex art. 238 y ss. LOPJ	362
ii.	Prueba irregular: principio de subsanación y conservación de los actos procesales.....	366
iii.	Posición intermedia: pruebas irregulares susceptibles de integrar hipótesis de infracción constitucional.....	368
c)	«Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de juicio por infracción de legalidad ordinaria (segundo supuesto de prueba irregular).....	370
d)	Consideraciones críticas	375
i.	Desconocimiento de un concepto técnico de admisión de prueba	375
ii.	Noción de «efecto reflejo»	376
iii.	Inexistencia de una noción autónoma de reglas de asunción de la prueba.....	381

Capítulo IV

«Especial» fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita y su incidencia en la determinación de su naturaleza, supuesto de aplicación y efectos

I.	Recapitulación conclusiva de las consideraciones críticas en orden al régimen de exclusión de prueba ilícita.....	386
II.	«Democracia en el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho» como metafundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita.....	389

III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales en el paradigma del Estado democrático de Derecho	392
1. «Principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo»	392
a) Exigencia impuesta desde la teoría política (jurídico-constitucional) de «Democracia jurisdiccional»	392
i. Legitimidad de las decisiones judiciales	392
ii. Redefinición del concepto de «prueba»: respeto de los derechos fundamentales como requisito «esencial» del concepto de prueba	395
b) Exigencia impuesta desde la teoría jurídica de la divergencia entre «validez» y «vigencia».....	397
i. Redefinición de la dogmática jurídica en el paradigma constitucional	397
ii. Redefinición del «juicio de validez» de los actos probatorios	399
iii. Adecuada concepción del «juicio de ilicitud».....	401
iv. Adecuada consideración del «juicio de proporcionalidad».....	403
c) Consecuencias teóricas y prácticas del cambio de enfoque	409
i. Determina el establecimiento de una norma de mandato dirigida al Juez: regla de exclusión.....	410
ii. Otorga a su «efecto» la naturaleza jurídica de «sanción» y determina un alcance «total», «expansivo» y «ultractivo» del mismo.....	413
iii. Evita que la aplicación de la norma de mandato sea considerada un «límite» al derecho fundamental a la prueba.....	416
iv. Esclarece la ubicación procesal en que debe tener lugar el «juicio de licitud»....	417
2. «Principio de no condena de inocentes».....	418
a) Configuración y contenido del «principio de no condena de inocentes»	418
i. Función ética del «principio de no condena de inocentes»	418
ii. Función epistemológica del «principio de no condena de inocentes».....	419
b) Interpretación particular de los principios iure et in iure involucrados.....	421
i. Principio de presunción de inocencia como regla estructural del procedimiento en relación al principio de imparcialidad del tribunal	421
ii. Principio de contradicción e inmediatez en relación al principio de defensa	422
3. Naturaleza jurídica de la especial regla de exclusión de prueba ilícita	426
a) Regla de exclusión como garantía secundaria de cada derecho fundamental	427
b) Regla de exclusión como garantía primaria del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías.....	430
c) Consecuencias procedimentales	431
IV. Conclusiones finales desde la óptica de la construcción de la ‘teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita’ propuesta en esta tesis	433
Bibliografía.....	442

Abstract. La presente tesis de investigación tiene por objetivo construir una teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita que permita delinear claramente sus dos elementos estructurales, esto es, su supuesto de aplicación consistente en la particular prohibición que le sirve de base y el contenido de su efecto y el régimen procesal a que la misma debiese estimarse sometida. Como presupuesto indispensable a tal fin se efectúa un análisis crítico descriptivo sobre el modo en que la regla de exclusión de prueba ilícita opera en los ordenamientos jurídicos italiano y español como señal de la existencia de una divergencia deóntica entre la vigencia de la regla y su eficacia operativa. Con ello se pretende demostrar la insuficiencia del fundamento axiológico puesto a la base del régimen general de exclusión de prueba para dar una adecuada respuesta al fenómeno de la prueba ilícita. De este modo, se propone la identificación de un fundamento axiológico «propio» para este tipo de regla, que bajo el paradigma constitucional de un Estado Democrático de Derecho, finalmente conduce a efectuar una relectura del concepto mismo de prueba, capaz de dar una solución concatenada y armónica a la pretensión inicial de dar efectiva tutela a los derechos fundamentales lesionados en el marco de la actividad probatoria de los procesos judiciales en general y del proceso penal en particular.

Abstract. La presente tesi di ricerca si propone l'obiettivo di elaborare una teoria giuridica sulla regola di esclusione della prova illecita che permetta di delineare con precisione i suoi due elementi strutturali, ossia la sua ipotesi applicativa consistente nel peculiare divieto posto alla base della medesima nonché il suo effetto ed il regime giuridico a cui la medesima deve uniformarsi. Quale indispensabile presupposto, si effettua una analisi critico-descrittiva riguardo alla modalità con cui la regola di esclusione della prova illecita opera negli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo, rilevatrice dell'esistenza di una divergenza deontica tra la vigenza della regola e la sua efficacia operativa. In tal modo si intende dimostrare la non sufficienza del fondamento assiologico posto a base dell'esclusione della prova, al fine di dare una idonea risposta al fenomeno della prova illecita. In tal modo, si propone l'identificazione del fondamento assiologico "proprio" per questo tipo di regola, che alla stregua del paradigma costituzionale di uno Stato Democratico di Diritto, conduce infine a compiere una rilettura del concetto misto di prova, capace di fornire una soluzione concatenata e armonica alla sfida iniziale di dare effettiva tutela ai diritti fondamentali lesi nel corso dell'attività probatoria dei processi giudiziari in generale e, in particolare, del processo penale.

Abstract. The present work is centered on the objective of building a legal theory around the exclusionary rule of illegally obtained evidence, in order to allow the identification of its two key components: The application opportunity, consistent with the particular prohibition that supports the rule and the content of its effect; as well as the procedural regime that binds such rule. As an indispensable assumption with regards to the described end, a critical and descriptive analysis, centered on the way the exclusionary rule operates in the Italian and Spanish legal systems, will be useful as a sign of the existence of a systemic divergence between the rule's validity and its efficiency. This process hopes to help demonstrate the insufficiency of the axiological foundation that supports the rules for suppression of evidence, specially in regards to the exclusionary rule. In this manner, the claim for the identification of

a proprietary axiological foundation for the exclusionary rule is proposed which should, under the Rule of Law, drive us to a re-imagination of the concept of proof, capable of a well rounded and harmonic solution to the claim of protecting fundamental rights which might be violated during proof related activities in criminal trials.

Abstract. La present tesi d'investigació té per objecte construir una teoria jurídica de la regla d'exclusió de prova il·lícita que permeti delimitar clarament els seus dos elements estructurals, és a dir, el seu supòsit d'aplicació consistent en la particular prohibició que li serveix de base i el contingut del seu efecte i el règim processal a què aquesta hagués d'estar sotmesa. Com a pressupòsit indispensable per a aquesta finalitat s'efectua una anàlisi crítica sobre la manera en què la regla d'exclusió de prova il·lícita opera en els ordenaments jurídics italià i espanyol com a senyal de l'existència d'una divergència deontològica entre la vigència de la regla i la seva eficàcia operativa. Amb això es pretén demostrar la insuficiència del fonament axiològic posat a la base del règim general d'exclusió de prova per a donar una adequada resposta al fenomen de la prova il·lícita. D'aquesta manera, es proposa la identificació d'un fonament axiològic «propi» per a aquest tipus de regla, que sota el paradigma constitucional d'un Estat democràtic de dret, finalment condueix a efectuar una relectura del concepte mateix de prova, capaç de donar una solució concatenada i harmònica a la pretensió inicial de donar efectiva tutela als drets fonamentals lesionats en el marc de l'activitat probatòria dels processos judicials en general i del procés penal en particular.

ABREVIATURAS

A.A.V.v	Autores varios
ATC	Auto del Tribunal Constitucional (español)
ATS	Auto del Tribunal Supremo (español)
art. (s)	artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
CED	Centro Electrónico de Documentación (Corte de Casación italiana)
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (español)
Cfr.	Confrontar
CI	Constitución italiana
coord.	coordinado
c.p.p.i	Código procesal penal italiano
CS	Corte Suprema
d.l.	decreto legislativo (italiano)
DO	Diario Oficial
ed.	edición
fasc.	fascículo
f.j.	fundamento jurídico
inc.	inciso
Id.	Idem
l.	ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (española)
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal (española)
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (español)
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (español)
MP	Ministerio público
p.	página
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia Audiencia Provincial (española)
SCC	Sentencia Corte Constitucional (italiana)
SCP	Sentencia Casación Penal (italiana)
Sec.	Sección
ss.	siguientes
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español

SU.	Secciones Unidas (Corte de Casación italiana)
t.	tomo
TC	Tribunal Contitucional español
TS	Tribunal Supremo español
trad.	traducción
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
vid.	Véase
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

I. Presentación del objeto de estudio y criterio de selección de los ordenamientos jurídicos de referencia. El tema relativo a la denominada «regla de exclusión» de «prueba ilícita» es individualizado por la literatura procesal, en forma casi unánime, como uno de los más intrincados y controvertidos en el ámbito del derecho probatorio. En este sentido, la presente investigación no puede sino dar fe de ello, e iniciar precisamente por evidenciar la magnitud de las dificultades afrontadas.

Es por todos sabido que, la mayor complejidad de la materia se manifiesta en el hecho que, la sola aproximación a la misma, conlleva constatar la existencia de múltiples implicaciones que se extienden más allá del campo del Derecho Procesal y obliga, por tanto, a quien la aborda a moverse con soltura en una diversidad de disciplinas jurídicas. A dicha dificultad, o bien como consecuencia de sus variadas repercusiones, se suma el alto impacto público que producen los casos en que se ventila un asunto de «exclusión de prueba». Tanto es así, que tal como ha puesto de manifiesto ARMENTA DEU, la cuestión ha servido de proficua fuente de inspiración a la industria cinematográfica.

Luego, un segundo obstáculo se encuentra representado por la considerable cantidad de fuentes bibliográficas que –ya desde hace casi un siglo–, se ha ocupado del tratamiento del asunto desde las más diversas perspectivas, en cada uno de los ordenamientos jurídicos de referencia. En general, la literatura existente ha abordado el tema a partir de métodos descriptivos en clave crítica –tanto del propio «derecho positivo» como del «derecho vivo»–, debiendo lidiar, por su parte, con abundante y difusa jurisprudencia. En este sentido, la génesis de la llamada *exclusionary rule* a partir de la creación jurisprudencial encabezada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se ha convertido en un capítulo insoslayable en la casi totalidad de las obras relativas a la materia, con escaso rendimiento en los contextos normativos en que se ha pretendido una suerte de «importación» del instituto. En efecto, el modo en que la incorporación o reconocimiento de la regla de exclusión de prueba ilícita se ha llevado a cabo en la mayoría de los sistemas jurídicos, ha constreñido a la doctrina a trabajar a toda marcha y contra el tiempo, para superar la maraña interpretativa y aplicativa de todas las excepciones que paralelamente se han ido enarbolando en torno a aquélla.

Esta situación de constante contingencia en materia de prueba ilícita, unida a este proceso de reducción que, en ocasiones permite vislumbrar –lisa y llanamente– su total inaplicación, ha conducido a que la doctrina, no obstante sus notables esfuerzos de sistematización, no haya podido efectuar un análisis decantado a su respecto. Al contrario, esta dinámica ha dado lugar a una variegada terminología del todo inmanejable, que aún peor, trasluce contenidos igualmente dispares.

Esta falta de unanimidad en sentido nominal y material, no sólo entorpece una adecuada comprensión desde el interior de cada ordenamiento, sino que además representa un importante escollo a la hora de pretender conducir estudios comparados. En efecto, salvo la persistente referencia al sistema norteamericano, son muy pocas las investigaciones que han tentado dirigir la mirada hacia ordenamientos foráneos (más allá del caso alemán o francés).

En España, esta carencia ha sido colmada en virtud de los estudios comparados de ARMENTA DEU a través de un método dogmático de análisis. En el marco ofrecido por dicha obra, la citada autora destina el segundo apartado de su Capítulo I, a la prueba ilícita como un concepto de configuración variable, clasificando los distintos ordenamientos que la tratan, según si en ellos existe: *i)* una inclusión de las prohibiciones probatorias en la Constitución, posicionando en este punto a Portugal, Brasil, Colombia y México; *ii)* la previsión de un régimen normativo *ad hoc*, como sería el caso de la *inutilizzabilità* prevista en el *codice di procedura penale italiano* y el caso de la ponderación de intereses del código de procedimiento penal holandés; *iii)* la consagración de la ilicitud probatoria en la legalidad procesal ordinaria. En esta categoría distingue los casos en que la regla de exclusión se encuentra incorporada en códigos procesales u orgánicos (donde ubica la aplicación de la regla de exclusión en la regulación orgánica española, en el código procesal penal chileno y en los sistemas centroamericanos reformados a partir del Código Modelo, incluyendo a Guatemala, Costa Rica, República del Salvador y Nicaragua); las prohibiciones de utilización y la «teoría de la ponderación» en la Ordenanza Procesal Penal alemana y, el caso del código procesal penal uruguayo. Por último, *iv)* configura la categoría relativa a los sistemas en que se carecería de previsión normativa específica de una regla de exclusión, cuales son, el código procesal penal francés y su remedio procesal a través de la nulidad y del principio de lealtad; y, la situación argentina con su código procesal penal nacional y provinciales¹.

De este panorama, a efectos de la presente investigación, se ha procedido a seleccionar el ordenamiento jurídico italiano y el español, en virtud de un criterio eminentemente práctico y que dice relación, por una parte con la identificación de aquellos ordenamientos que muestren mayores similitudes con el sistema jurídico de proveniencia de la suscrita y que, por lo mismo provocan mayor interés.

En primer lugar, el art. 276 del código procesal penal chileno, bajo la rúbrica «Exclusión de prueba para el juicio oral», en su inciso 3º, dispone que: «Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido (...) obtenidas con *inobservancia de garantías fundamentales*», advirtiéndose inmediatamente la similitud con el tenor literal del art. 11.1 LOPJ en el contexto español, desde donde el chileno, por lo demás, deriva su tradición jurídica general.

¹ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)* (2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011), p. 34-63.

En segundo lugar, ocurre que el nuevo proceso penal chileno, de corte acusatorio y adversarial, es muy reciente, entrando apenas en vigor –en todo el territorio nacional– el 16 de junio del año 2005, en virtud de la Ley N° 19.696, publicada en el DO con fecha 12 de octubre del año 2000. Esta reforma tuvo a la vista, como fuente directa, diversos textos de legislación extranjera, a nivel legal y constitucional, así como fuentes doctrinales y jurisprudenciales relativas a ellos. Entre tales fuentes figuran, precisamente, el Código Procesal Penal Italiano de 1988 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882². Es del caso hacer notar que, el nuevo modelo adoptado, presenta mayores semejanzas al modo en que se encuentra estructurado el proceso italiano.

En tercer término, el ordenamiento jurídico italiano aporta una aproximación del todo original *ad hoc*, que merita ser explorada en profundidad. En efecto, como veremos, el término «*inutilizzabilità*» acuñado en el sistema italiano, ha comenzado a ser empleado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, por considerar que la misma expresa en mejor medida el tipo de efecto que pretende adscribirse al fenómeno de la prueba ilícita.

Por último, una razón final obedece al hecho de que los dos sistemas escogidos enfrentan el tema en ausencia de norma constitucional expresa, de manera que un análisis comparado de los mismos puede resultar muy enriquecedor para determinar la posibilidad de extraer discursos argumentativos comunes.

II. Enunciación del objetivo de la investigación. Una vez individualizado el objeto de estudio, la pretensión del presente trabajo es constituir un aporte sustancial al esclarecimiento teórico-abstracto del ya mencionado binomio «regla de exclusión»/«prueba ilícita», del que pueda obtenerse un rendimiento tangible a la hora de solucionar las hipótesis que motivan el fenómeno y, que pueda ser de aplicación transversal en aquellos ordenamientos que, –compartiendo una misma tradición jurídica– estructuran su sistema normativo en el paradigma de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

En este sentido, es conveniente dejar sentado desde ya, que la presente investigación se centra en el análisis de la prueba obtenida con infracción de derechos o libertades fundamentales, que en atención a la denominación más extendida en la doctrina comparada, se opta por llamar «prueba ilícita». Dado que en el contexto italiano, con esta nomenclatura, se alude a una cuestión diversa, esto es, a la prueba obtenida con infracción de derecho penal sustancial; en contraposición a la denominada «prueba ilegítima» referida a la prueba obtenida con infracción de derecho penal adjetivo, cuando esta investigación se refiera a esta última, procederá a especificar que se alude al concepto en su sentido técnico italiano.

² HISTORIA DE LA LEY, Ley N° 19.696 *Establece Código Procesal Penal*, DO. 12.10.2000, p. 14, disponible en: <http://s.bcn.cl/1se3a>

III. Metodología de investigación. Tal como se ha expuesto en el primer apartado de esta introducción, la recopilación, estudio, y reflexión del material bibliográfico y jurisprudencial de éstos y otros ordenamientos jurídicos, nos indujo una sensación laberíntica de una envolvente vorágine de conceptos, conexiones y conclusiones de impotente solución. Sin embargo, una mirada retrospectiva permitió situar el objetivo de la investigación frente a la principal dificultad del «objeto», esto es, el carácter multidisciplinario del fenómeno. La necesidad de exponer cuanto investigado en términos claros y útiles, unida a la constatación de esta particularidad del objeto de estudio, nos condujo entonces a centrarnos en la búsqueda de un método de investigación que fuese capaz de explicar adecuadamente sus múltiples aristas. De esta exploración surge el recurso a la Teoría del Derecho como método que en mejor medida responde a las pretensiones de esta investigación.

Dado que el motivo que inspira esta opción es «clarificar», no corresponde traer a colación a esta sede, todas y cada una de las posiciones doctrinales desarrolladas, desde la filosofía jurídica y el derecho constitucional, acerca de una determinada aproximación a la *Teoría del Derecho*. Ello, sobre todo, porque nuestro objetivo es satisfacer a las necesidades de una disciplina jurídica diversa, lo que en ningún caso implica, siquiera mínimamente, introducirnos en materias propias y controvertidas de aquel sector del derecho, que supone un profundo conocimiento del que ciertamente, carecemos.

De todos modos, aclarado el punto anterior, ello no nos exime de tener que escoger una aproximación iusfilosófica de la Teoría del Derecho y, explicar los motivos que justifican dicha decisión. En esta investigación se ha resuelto optar por la «*Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*» elaborada por Luigi FERRAJOLI en el marco de su obra «*Principia Juris. Teoría del diritto e della democrazia*» (Bari, Laterza, 2007), en virtud de los motivos que a continuación se indican:

1. Luigi FERRAJOLI es uno de los teóricos del derecho más influyentes en el mundo de habla hispana, cuya incidencia ha sobrepasado los márgenes de una disciplina jurídica concreta, ya desde la publicación de su obra «*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*», publicada en Italia en 1989 y, en España en 1995. Aunque hasta el momento no se haya llevado a cabo una investigación que pretenda resolver la cuestión de la «regla de exclusión»/«prueba ilícita» en términos cabales aplicando esta metodología, es posible advertir el sustrato de sus ideas en muchos aspectos del instituto de la «*inutilizzabilità*» italiana como solución *ad hoc* a la misma. En el ámbito español, por su parte, autores de prestigio, que han profundizado en esta línea de investigación, también recurren a sus tesis para construir sus argumentaciones, tal es el caso –a modo simplemente ejemplar–, de MIRANDA ESTRAMPES y MARTÍNEZ GARCÍA, con especial referencia al Magistrado Emérito de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo Español, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, quien por esta vía, además de impregnar a la jurisprudencia de tal influencia, es reconocido por sus rigurosos votos particulares.

2. En términos de contenido, las virtudes que PISARELLO y MANRIQUE reconocen a la construcción teórica de FERRAJOLI, consistente en sostener un sistema formalizado de conceptos primitivos, definiciones y reglas sintácticas o deformación de enunciados, dirigido a reconstruir el vasto universo lingüístico en el que se expresa el derecho bajo el paradigma de la democracia constitucional es especialmente sugerente frente a la situación que rodea al tema que nos convoca. En efecto, los citados autores expresan que: “No se trata, obsérvese, de elaborar una teoría «verdadera», sino una teoría útil, esto es, una teoría capaz de explicar de manera adecuada la realidad jurídica empírica y, en última instancia, de incidir propositivamente sobre ella con el fin de mejorarla”³; que son, precisamente, los objetivos que se ha trazado la presente investigación. Luego, la utilización de esta metodología aplicada al binomio «regla de exclusión»/«prueba ilícita», puede ser la oportunidad de constituir un interesante banco de prueba acerca de las virtudes atribuidas a la construcción teórica del profesor italiano.

3. La teoría del derecho de FERRAJOLI basada en el paradigma constitucional presenta una serie de aspectos que pueden responder adecuadamente a la solución de las dificultades que rodean nuestro objeto de investigación, que en seguida pasamos a enunciar:

a) Se trata de una teoría del derecho de carácter formal, en el sentido que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas, que no dicen nada sobre la realidad, si no es sobre la base de sus diferentes interpretaciones semánticas. Utiliza un lenguaje «artificial» o «convencional», elaborado por el teórico y que, por tanto, se puede formalizar sobre la base de reglas que éste establece. Este enfoque, por ende, nos habilita para tomar posición respecto de una nomenclatura uniforme que pueda considerarse transversal a los diferentes ordenamientos jurídicos de referencia, solucionando así la situación de caos conceptual en que se encuentra sumergido el tema, a partir de nociones ideológicamente neutrales, es decir, independientes de cualquier sistema de valores internos o externos a los ordenamientos investigados.

b) El carácter formal de la teoría, consiente a FERRAJOLI operar una reconstrucción de todo el lenguaje *teórico* de la ciencia jurídica que, como primera concreción de su dimensión pragmática, deriva en un modelo integrado de ciencia jurídica que permite conocer el derecho desde diversas aproximaciones disciplinarias en virtud de su dimensión semántica de interpretación; que incluye la teoría del derecho, la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía política. Este aspecto viene a satisfacer la complejidad multidisciplinaria inherente a nuestro objeto de estudio.

³PISARELLO, Gerardo/GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “*Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada*”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (1ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008), p. 11.

c) Sobre la base del paradigma constitucional de los actuales sistemas complejos estructurados en dos niveles de normas, FERRAJOLI constata que el fenómeno normativo es simultáneamente norma y hecho (acto). Como consecuencia de ello opera una relectura de la interpretación semántica, desde la perspectiva empírica del método sociológico. En efecto, ésta ya no puede circunscribir su objeto de estudio (Derecho) al comportamiento humano regulado por normas jurídicas, sino que también debe ocuparse de las normas pertenecientes a los niveles normativos inferiores en cuanto *actos* cuya producción se encuentra regulada por las normas del nivel superior; siendo estas últimas igualmente *actos* en cuanto reguladoras de la producción de los primeros. De este modo, dogmática jurídica y sociología del derecho pasan a identificar su objeto de estudio en el mismo fenómeno (derecho positivo) y por ende, se abre la posibilidad de que, en virtud de sus diversas aproximaciones, arriben a «divergencias deónticas estructurales», cuya identificación se vuelve el objetivo principal de la teoría del derecho, como segunda concreción de su dimensión pragmática. Esta estructura será de gran utilidad para determinar la naturaleza jurídica de la regla de exclusión.

d) En lo que respecta a estas divergencias deónticas, la primera es la que se da entre «*justicia y validez*», de interés para la filosofía política; la segunda se da entre «*validez y vigencia*», de interés para la dogmática jurídica; y la tercera se da entre «*vigencia y eficacia*», de interés para los sociólogos del derecho. De estas tres divergencias, destaca la segunda, debido al papel central que desempeña en el paradigma del constitucionalismo rígido, consintiendo modificar el discurso tradicional de la dogmática jurídica, para que éste deje de ser considerado de carácter únicamente descriptivo y pase a desempeñar un rol crítico y normativo, constituyendo otro rendimiento pragmático de su teoría. Como ya se ha adelantado, el que pueda proponerse un discurso prescriptivo y no meramente descriptivo es, justamente, uno de los objetivos de la presente investigación, en modo que la misma pueda rendirse útil.

IV. Desarrollo de la metodología aplicada. En este contexto, la presente investigación abre un *primer capítulo* con un apartado relativo a la construcción de un «concepto técnico-jurídico» de «regla de exclusión», que permita establecer claramente cuáles son sus elementos estructurales, y con ello, servir tanto de criterio identificativo de la existencia de una regla de exclusión en cada ordenamiento jurídico particular; como también ser funcional a la individualización de las posibles técnicas legislativas dirigidas a su concreción. Desde un principio, y gracias al carácter «formal» de la teoría utilizada, se irá desarrollando un diálogo entre las especificidades ofrecidas por los ordenamientos positivos seleccionados, recurriendo también –para una cabal aprehensión del mismo– a los aportes que la dogmática jurídica ha producido a su respecto.

En efecto, esta *primera sección*, acaba poniendo en evidencia los nudos críticos comunes a ambos sistemas jurídicos, concluyendo que los mismos dicen relación con el «supuesto de aplicación» de la regla de exclusión en un doble sentido, a saber: *a)* la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales susceptibles de la infracción exigida por la regla de exclusión; según si éstos deben ser materiales o, también procesales; y *b)* la determinación de un concepto restringido o amplio de «prohibición probatoria»; según si la misma debe constar expresamente en términos prohibitivos o si, por el contrario puede reconocerse su existencia implícita o tácita, a través de una interpretación sistémica. Cuestión esta última que pone el debate acerca de la fuente y el carácter taxativo, o no, de las prohibiciones.

Dado que la resolución de estos nudos críticos depende de un análisis del «fundamento» del régimen general de exclusión de pruebas, se decide abordar inmediatamente éste, para volver a aquéllos en el *capítulo tercero* dedicado precisamente al supuesto de aplicación de la regla de exclusión. De este modo, la *sección segunda* del capítulo inicial se hace cargo del estudio de los «fundamentos axiológicos» del régimen general de exclusión de prueba, cuestión que implica efectuar un repaso de la evolución filosófica-política conectada al «fin del proceso», a la «verdad» y a la «prueba».

Una vez esclarecido dicho fundamento general, la *sección tercera* da cuenta del especial fundamento que la regla de exclusión de prueba ilícita ha tenido en los ordenamientos jurídicos de referencia, para finalizar, haciendo presente en una *cuarta sección*, la exigencia de contar con un método axiológico de identificación de mayor precisión, toda vez que los enfoques que tradicionalmente son invocados a su respecto, se muestran en cierto sentido insuficientes, conduciendo al reconocimiento de una cuestionable naturaleza jurídica de la regla y dando lugar a un tratamiento procesal insatisfactorio.

Así, de cara a –justificar la necesidad de sustituir el método–, el *capítulo segundo* se encarga del análisis de la «naturaleza jurídica» que se ha atribuido a la regla de exclusión de prueba ilícita a partir de los enfoques tradicionales; con particular atención a la influencia que ella proyecta en materia del tratamiento procesal de sus efectos. A lo largo de las *secciones* de este capítulo se esboza la oportunidad procesal en que procede alegar la aplicación de la regla; los efectos de la aplicación de ésta; el régimen de impugnación en caso de inaplicación, con especial mención al efecto reflejo y a las excepciones que se han ido construyendo tanto respecto al efecto inmediato como mediato. El *capítulo segundo* concluye con un apartado destinado a patentar las similitudes de ambos ordenamientos, detectando una general inefectividad del principio de neutralidad psíquica del juzgador; cuestionables aspectos en el ámbito del régimen de impugnación ante la inaplicación de la regla, así como una generalizada resistencia a reconocer la aplicación del efecto reflejo. Aspectos todos que exigen profundizar sobre el carácter de la prohibición probatoria como supuesto de aplicación de la regla, arribando al análisis de los puntos críticos ya detectados desde el capítulo inicial y destinado también a ahondar en la real dimensión de sus efectos.

El *tercer capítulo* entra de lleno al estudio de las «prohibiciones probatorias» como supuesto de aplicación de la regla de exclusión. A partir de un análisis transversal de la posición mayoritaria en el contexto italiano, se van haciendo presente sus inconsistencias lógicas y sistémicas que inciden en la naturaleza y carácter de la prohibición probatoria puesta a la base de la sanción de inutilizabilidad. En este cuadro se identifican dos premisas críticas, una consecuencia de la otra: la ubicación del examen sobre la legitimidad/legalidad dentro del procedimiento probatorio y la interpretación laxa del principio de libre convencimiento del juez. A partir de ambas constataciones, la investigación es capaz de desvelar la pérdida del sentido intrínseco propio de la regla de exclusión y, más grave aún, una virtual inexistencia de la prohibición probatoria en sí misma. De todo lo cual redundan en que se permita vislumbrar un tratamiento procesal muy similar entre la «prohibición de utilización» italiana y la «prohibición de valoración» española.

Por último, la presente investigación cierra con las tradicionales conclusiones finales propias de toda tesis, aunque tentado sistematizarlas desde la óptica de la identificación de las «divergencias deónticas» a que da lugar la construcción de una teoría jurídica general sobre la regla de exclusión de prueba ilícita. La detección de dichas divergencias permitirán fundamentar la clave propositiva de las mismas, en consonancia con el sentido de utilidad que se ha buscado imprimir a esta tesis.

Así, completado y recapitulado el cuadro crítico-descriptivo, el *capítulo cuarto conclusivo* anota las consecuencias teóricas y prácticas que pueden derivar de un fundamento axiológico especial para el reconocimiento de una regla de expulsión de prueba ilícita. Como se indicó desde el inicio, ella se construye a partir de una reconsideración de su fundamento a la luz del paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho, resituando en el debate cuestiones de principio que puede ser conveniente tener a la vista, de cara a las complicaciones prácticas y teóricas que deberán ser afrontadas una vez que la Directiva 2014/41 relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal comience a tener efecto directo⁴.

⁴DANIELE, Marcello, “*L’impatto del ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionale*”, en *Rivista Penale Contemporaneo. Trimestrale*, N° 3, 2016, p. 63-78, ofrece una panorámica de las complicaciones que pueden surgir a propósito de la aplicación de dicha Directiva, con amplias referencias bibliográficas al respecto.

Capítulo Primero

REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA: CUESTIONES PRELIMINARES

SUMARIO: I. Hacia un concepto teórico de regla de exclusión como criterio identificativo y técnica de tipificación; 1. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión». Elementos estructurales de la regla; 2. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como criterio identificativo: a) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico italiano; b) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico español; 3. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como técnica de tipificación: a) Técnicas de tipificación por «especialidad»; b) Técnicas de tipificación por «subordinación»; 4. Identificación de las técnicas de exclusión en el sistema italo-español: a) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico italiano: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»: i) Inutilizabilidad patológica; ii) Inutilizabilidad fisiológica; iii) Consideraciones críticas; b) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico español: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»: i) Reglas de exclusión «analíticas» o «prohibiciones probatorias»; ii) Reglas de exclusión «subordinadas» e impropiedad lingüística en el uso del término «prueba ilícita». II. Fundamento axiológico del «Régimen general» de exclusión de prueba; 1. Evolución del concepto de «verdad» y «prueba»: a) Régimen de «prueba legal» y «verdad probable»; b) Régimen de libertad de prueba; «principio de libre convencimiento del juez» y verdad «material»; c) «Verdad material» y «Prueba demostrativa». Consideraciones críticas; d) Hacia un concepto de «prueba jurídica o institucionalizada» y simplemente «verdad»; 2. Fundamento político y epistemológico. Clasificación de las reglas exclusión probatoria según su función: a) Reglas de exclusión epistémicas; b) Reglas de exclusión éticas. III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba ilícita: Enfoques argumentativos tradicionales: 1. Posición preferente de los derechos fundamentales y «efecto disuasorio» de la «*exclusionary rule*» en el contexto estadounidense. 2. Posición preferente de los derechos fundamentales como fundamento de la regla de exclusión en el contexto español: a) Origen jurisprudencial de la regla de exclusión: STC 114/1984: i) Cuestiones de hecho de la STC 114/1984; ii) Cuestiones de derecho de la STC 114/1984; b) Introducción de la regla de exclusión a nivel normativo: art. 11.1 LOPJ: i) Posición minoritaria del «efecto disuasorio» como fundamento de la regla de exclusión; ii) Posición mayoritaria en orden al «fundamento material» de la regla de exclusión en la posición preferente de los derechos fundamentales; 3. Fundamento de la regla de exclusión en el contexto italiano: principio de legalidad: a) Código procesal penal de 1930: i) Modelo y aspectos teórico-normativos; ii) Aspectos críticos detonantes de la reforma; iii) Concepto de «prueba inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930; b) Código procesal penal de 1988: i) Modelo y aspectos teóricos; ii) Modelo y aspectos normativos; iii) Plausibilidad del concepto de «prueba inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988. IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco del «fundamento» general del régimen de exclusión de prueba.

I. Hacia un concepto teórico de regla de exclusión como criterio identificativo y técnica de tipificación

1. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión». Elementos estructurales de la regla

En general, los ordenamientos jurídicos, sea a nivel legal como constitucional, no consagran la expresión «regla de exclusión», ni menos aún ofrecen una definición de la misma. En efecto, una terminología similar como es el «régimen de exclusión de prueba» es utilizado por la dogmática jurídica procesal para aludir a todas aquellas reglas que intervienen en la fijación del *thema probandum*. Y, no obstante ello, ocurre que el término «regla de exclusión» se asocia casi indisolublemente a la «exclusión» de una «prueba» que ha sido «obtenida» de un modo «ilegítimo».

Así, el uso del término «regla de exclusión» se nos presenta *in primis* como una definición «estipulativa», que decidimos «asumir» para aludir a ese específico fenómeno y que se justifica en una estrategia explicativa de las diversas modalidades en que el mismo se expresa en cada ordenamiento jurídico particular.

La capacidad explicativa del concepto teórico-jurídico que se acaba de proponer, radica en que el mismo admite una formulación metalingüística del siguiente tenor: «La prueba obtenida de un modo *ilegítimo* debe ser *excluída*». Esta fórmula, a su vez, tiene la virtud de evidenciar los dos elementos estructurales de la regla de exclusión: a) su supuesto de aplicación, a saber: la prueba obtenida en modo ilegítimo; y, b) su efecto, esto es, la exclusión.

En base a lo anterior, ocurre que el término «exclusión» también es un concepto teórico-jurídico, ya que el mismo es definido como el efecto de la regla de exclusión, sin que se indique cuál es el contenido preciso que asume (o debe asumir) en cada sistema jurídico y que, como veremos, es objeto de un animado debate. Dado que la interpretación de la voz «obtención» que forma parte del supuesto de aplicación, se encuentra también en íntima conexión con el contenido que finalmente se resuelva reconocer al efecto, es que –por ahora– sea preferible prescindir del mismo.

Sin embargo, el carácter «ilegítimo» que se predica en este caso de la prueba también requiere ser objeto de una definición estipulativa, ya que es precisamente en este extremo donde se produce la inmanejable y variegada terminología legal y doctrinal que hemos anunciado como obstáculo a una adecuada aproximación al fenómeno. En este sentido y, sólo para demostrar la necesidad de proceder a la construcción de un concepto teórico-jurídico a su respecto, basta constatar la situación italiana antes de la vigencia del actual código de 1988, en que la doctrina ya advertía la complejidad del manejo de la variada terminología en esta materia y de su carente contenido sistemático; así como el actual panorama en el contexto español.

En el marco italiano, MELCHIONDA notaba la existencia de una rica terminología más que una elaborada puntualización, encontrando –con indudable referencia a un mismo concepto– expresiones tales como: «*prove vietate*», «*prove atipiche*», «*prove inammissibile*», «*prove illicite*» y «*prove abnormi*». Él mismo se suma a esta vorágine distinguiendo un concepto de «prueba ilegal» (lo que hoy CASIRAGHI denomina «prueba ilegítima»), y «prueba ilícita». A su juicio, no se trataría de categorías contrapuestas, sino de dos aspectos de un mismo fenómeno, que englobaba en el término «*prove abnormi*» (que correspondería a la denominada «prueba prohibida» en la nomenclatura ofrecida actualmente por CASIRAGHI)⁵.

⁵ MELCHIONDA, Achille, «*Prove illegali e prove illicite nel futuro processo penale*», en *Rivista Penale*, fasc. 2, 1977, p. 129 s. En esta época, el autor intenta una sistematización de tales conceptos desde una doble perspectiva, a saber: i) desde una perspectiva ontológica o estructural (a partir de las fases del procedimiento), definiendo como «prueba ilegal» aquellas que han sido asuntos en desprecio de precisas prohibiciones, o en contravención con las normas del código procesal que regulan la materia y, como «prueba ilícita» aquellas que han sido asuntos en desprecio de normas extraprocesales (en particular, de derecho penal sustancial). Sin embargo, concluye que este criterio no responde adecuadamente a la dicotomía, en cuanto ambas pueden presentarse en todas las diversas etapas del procedimiento, razón por la cual articula un segundo criterio de sistematización; ii) desde una perspectiva externa o por sanciones, a partir del cual define «prueba ilícita» como aquella que, si bien no está

En España, la falta de uniformidad en el lenguaje empleado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, también ha sido criticada, por el uso de términos indistintos tales como «prueba prohibida» o «prohibiciones probatorias», «prueba ilegal» o «ilegalmente obtenida», «prueba ilícita» o «ilícitamente obtenida», «prueba ilegítimamente obtenida», «prueba inconstitucional», «prueba nula», «prueba viciada», «prueba irregular», o incluso el de «prueba clandestina»⁶. Luego, el legislador español tampoco se expresa en modo unívoco, trasluciendo una significativa imprecisión o falta de reflexión a la hora de efectuar consagraciones normativas en la materia⁷.

De este modo, es posible advertir que todas las denominaciones anotadas, incluida la voz «ilegítimo», tienen en común el transmitir la idea de «contrariedad» en el sentido de no adecuación (o no conformidad) respecto de un determinado ordenamiento jurídico. De ahí que se opte por el vocablo «infracción» y por el término «norma», por resultar ambos idóneos para comunicar la amplitud del fenómeno en sus concreciones particulares. Así, estipulamos que la expresión «infracción de norma» como concepto teórico-jurídico constituye el supuesto de aplicación de la regla de exclusión.

Efectuadas todas las precisiones del caso, resulta que una fórmula metalingüística mejorada queda planteada en el siguiente modo: «La prueba con infracción de norma debe ser

afectada con un vicio de forma, debe ser excluida del procedimiento mediante la sanción de inadmisibilidad, sea expresa o tácita, no permitiendo sanatoria; y «prueba ilegal» aquella que resulta formada o adquirida en violación de específicas normas procesales, y por ende sancionada con la nulidad, admitiendo convalidación y sanación. La evidente omisión de la prueba asunta en desprecio de normas extraprocesales (de derecho penal sustancial), representa una opción consciente del autor, que él mismo basa en la dificultad de lograr una clasificación analítica y determinante, sin que por ello profundice sobre el punto. Por la misma razón justifica que la doctrina utilice la expresión «prueba ilícita en sentido amplio», referida a aquella prueba asunta en violación de normas procesales y extraprocesales, sea que se sancione con la inadmisibilidad o con la nulidad.

⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004), p. 17 s. véase referencias bibliográficas de cada preferencia terminológica. Reconoce también esta ambigüedad lexical, CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale* (1ª ed., Padova, Cedam, 2007), p. 397; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida* (1ª ed., Madrid, Akal, 1989), p. 82 ss. "...ciertamente existen matices y razones que pueden avalar estas diferencias terminológicas: una prueba puede, no obstante ser lícita en otro caso, haber sido sin embargo ilícitamente obtenida en el supuesto concreto de que se trata; por otra parte, una prueba puede ser en sí misma y en cualquier caso siempre ilícita por haberlo declarado así la Ley, prohibiendo su realización, con independencia del procedimiento seguido para su obtención".

⁷A modo ejemplar, véase: art. 54.3 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que se refiere a la «ilicitud» del medio probatorio; art. 334.3 del anteproyecto de LEC donde se hablaba de pruebas admitidas «violentando derechos constitucionales», parámetro que luego fue finalmente sustituido por el de «fundamentalidad» en el art. 287.1 de la nueva LEC; art. 283.3 de la nueva LEC «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley», arts. 297.1 y 433.1; art. 44 de la Ley 36/1988 de Arbitraje, de 5 de diciembre, referido a «pruebas contrarias a la ley»; art. 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto-ley 2/1995, de 7 de abril; art. 793.2 LECrim, dentro del procedimiento abreviado; art. 36.1 b) y e) de la LO del Tribunal del Jurado, que establece como novedad la posibilidad de impugnar la admisión de un medio de prueba si ha mediado la lesión de un derecho fundamental, siendo además recurrible esa decisión directamente a través del llamado recurso de apelación que instaura el art. 846 bis a) de la LECr., citados en DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 203, notas 52 a 55. Agréguese a lo anterior la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la Eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales (BOE 6 junio 2006), que en su art. 14 recoge como motivo de no reconocimiento o ejecución de la medida de aseguramiento de la prueba, el que en España la medida solicitada esté prohibida por la ley.

excluída»; o bien, «La prueba con infracción de *x*, debe ser *E*». Ésta delimita correctamente el objeto de estudio de esta investigación, cual es, la resolución de estas dos incógnitas que representan, respectivamente, el supuesto de aplicación y el efecto de la regla de exclusión. Sin embargo, previo a ello, la dimensión pragmática de la teoría jurídica que propongo sobre la regla de exclusión radica en el hecho de que esta tesis sirve a un objetivo previo –de extrema relevancia para su estudio a nivel local y comparado– que es operar como criterio identificativo de su existencia en un determinado ordenamiento jurídico.

2. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como criterio identificativo

En este punto analizamos la primera manifestación de la dimensión pragmática de la construcción de una teoría jurídica general sobre la regla de exclusión de prueba, consistente en su rol identificador de ella misma al interior de cada sistema jurídico.

a) *Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico italiano*

En el contexto italiano es posible detectar la consagración normativa expresa de una regla de exclusión en el art. 191 N°1 del c.p.i. de 1988, bajo la rúbrica «*Prove illegittimamente acquisite*», del siguiente tenor. “1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*”. De acuerdo con el enfoque que se propone, los dos elementos estructurales de la regla de exclusión son fácilmente distinguibles: por una parte, su supuesto de aplicación consiste en «la prueba adquirida en violación de las prohibiciones establecidas por la ley»; y por otra, su efecto, esto es, que tales pruebas «no pueden ser utilizadas».

En Italia, la doctrina suele referirse a una doble virtualidad del término «*inutilizzabilità*» el que suele emplearse para describir dos aspectos de un mismo fenómeno. Por una parte, indicaría la existencia de una regla de exclusión; y por otro, ilustraría el régimen jurídico al cual queda sometido el acto adquirido en violación de tales reglas (que en todo caso hacen consistir en el hecho de no poder servir de fundamento a una decisión)⁸. Esta especie de disociación, sin embargo, en realidad sólo tiene sentido para nominar la aplicación de este efecto a fenómenos distintos de aquellos cubiertos por la regla de exclusión, por lo que sería conveniente ser más estrictos en su uso, con el objeto de evitar confusiones.

Una cosa es la regla de exclusión del art. 191.1 cuyo efecto es la inutilizabilidad; y otra es que se decida normativamente extenderlo a hipótesis que no configuran su supuesto de aplicación, que es lo que GALANTINI ha distinguido a través del recurso a la inutilizabilidad como *instituto* y como *concepto*, respectivamente⁹.

⁸TONINI, Paolo/CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 2012), p. 95.

⁹GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale* (1ª ed., Padova, Cedam, 1992), p. 4, nota 7 y p. 18. A juicio de la autora, mientras el *instituto* de la inutilizabilidad coincide con la sanción delineada en el art. 191 c.p.i. (que comprende la inutilizabilidad patológica y la inutilizabilidad fisiológica); el *concepto* de

b) *Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico español*

En España, a diferencia del caso anterior, no existe un tal consenso respecto a la identificación de una norma que revista el carácter de regla de exclusión, por una serie de motivos, a mi juicio, todos absolutamente infundados, pero que permiten plantear otras tantas cuestiones muy interesantes. Para no desviar la estructura del discurso que se desarrolla, me limitaré a señalar que, en líneas generales, se entiende que la previsión de una tal norma debiese estar consagrada a nivel constitucional, y por el hecho de que –en términos procesales– no se encuentre establecida expresamente una instancia que permita su adecuada denuncia y declaración.

Sin embargo, si dirigimos la mirada al ordenamiento español, ocurre que la norma del art. 11.1 LOPJ satisface íntegramente los elementos estructurales de una regla de exclusión. A mi juicio, el problema se debe a que la norma no es objeto de una adecuada lectura. En efecto, la primera disposición normativa que debiese invocarse es la contenida en el art. 283 N° 3 LEC, que bajo el título «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», dispone en su numeral 3: «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley»¹⁰. Como se advierte, sin duda, esta última constituye una regla de exclusión de un tenor muy similar al contenido en el art. 191 c.p.p.i. El art. 283 LEC es aplicable al proceso penal en virtud de su carácter supletorio, consagrado en el art. 4 del mismo cuerpo legal. Luego, el art. 11.1 LOPJ (aplicable a todo procedimiento) constituye una especificación del mandato anotado, y en su carácter de norma procesal dispone que: «1. (...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». De este modo, por su parte, asume el carácter de regla de exclusión, donde su supuesto de aplicación queda constituido por las «pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales» y, su efecto queda expresado en términos de «privación de efectos», o si se quiere, «no efectos» o por su «ineficacia».

3. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como técnica de tipificación

inutilizabilidad tiene un alcance más amplio, abarcando, además del aspecto sancionatorio, también el perfil relativo al efecto provocado por la violación de límites probatorios que no integran prohibiciones en sentido estricto. Por ello entiende que las distintas especies de inutilizabilidad pueden obedecer sea a la violación de una prohibición probatoria (caso en que el acto es inutilizable en cuanto viciado o ilegítimo) o bien, a la inobservancia de límites establecidos a la eficacia de la prueba (caso en que el acto es inutilizable en cuanto «imperfecto»).

¹⁰ En efecto, DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2001), p. 149 denomina derechamente el supuesto contenido en el art. 283.3 LEC como «prueba ilícita». Sin embargo, es del caso hacer presente que el alcance de dicha disposición no ha sido especialmente comentada por la doctrina.

La proposición «La prueba con infracción de x , debe ser E » proyecta una segunda concreción de la dimensión pragmática de la teoría y que dice relación con la técnica legislativa empleada para su consagración. El punto de partida se halla en el carácter «general», propio de todo concepto teórico-jurídico, pero también en la consideración de sus elementos estructurales como conceptos teórico-jurídicos igualmente generales, sobre todo en lo que respecta al supuesto de aplicación. Así, esta tesis permite que el legislador pueda incorporar reglas de exclusión en base a dos técnicas no-excluyentes, que por tanto pueden coexistir al interior de un sistema, y que llamaremos de «especialidad» y de «subordinación».

a) *Técnicas de tipificación por «especialidad»*

Esta técnica de tipificación es muy «simple» en el sentido que la misma consiste en una particularización del supuesto de aplicación de la regla de exclusión. En efecto, habiendo definido éste como «la prueba con infracción de norma», ocurre que el legislador puede detallar tanto el tipo o clase de «prueba» como el tipo o clase de «norma», cuya infracción demanda su «exclusión». El empleo de esta técnica dará lugar a reglas de exclusión «analíticas» o «autónomas».

Tal como señala TARUFFO, el empleo de esta técnica “permite una definición más certera del régimen [de inadmisibilidad] de las pruebas y reduce los espacios de discrecionalidad del juez a su respecto, pero da lugar a una disciplina poco flexible, que en ocasiones se vuelve demasiado compleja en el intento de tener en cuenta las diversas hipótesis”¹¹.

b) *Técnicas de tipificación por «subordinación»*

A diferencia del caso anterior, se trata de una técnica compleja, que por lo mismo, hasta ahora, era «menos» empleada en los diversos sistemas. Esta técnica supone concretar el supuesto de aplicación de la regla de exclusión en base a una «categoría», en términos –en todo caso– generales, cuya determinación es confiada, necesariamente, a la valoración discrecional del juez.

Este es el caso de las normas que hemos identificado como reglas de exclusión en los sistemas jurídicos italiano y español, y que constituye la actual tendencia en el mundo comparado. En esta tesis propongo denominarlas reglas de exclusión «subordinadas» o «no autónomas».

Del análisis de esta técnica de exclusión surgen dos consideraciones introductorias de los temas que se tratarán en los apartados siguientes y que, por otra parte, surgen de las observaciones que a su respecto efectúa TARUFFO. El citado autor indica que –aunque se trate de la técnica menos difusa–, ella encuentra un relevante ejemplo en las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas, y que consisten en confiar al juez el poder discrecional de excluir

¹¹TARUFFO, Michele, “*Note per una riforma del diritto delle prove*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 263 s. El uso de corchetes es nuestro.

pruebas relevantes en los casos en que su admisión contraste con otras exigencias preeminentes en el caso concreto, permitiéndole resolverlos con mayor adhesión al equilibrio de las exigencias contrapuestas del caso concreto, conllevando el riesgo de un mal uso de su discrecionalidad¹².

En primer lugar, acordar denominar al resultado de esta última técnica como reglas de exclusión «subordinadas», se debe a que la misma –en cuanto técnica de tipificación legislativa– es común en otros sectores del ordenamiento jurídico y, particularmente en el derecho penal. En este sector, de hecho, figuras como la tentativa y la frustración se construyen en base a este método que las conecta, como en el caso chileno, con las diversas normas de consumación como tipo autónomo. Luego, ambas figuras son concebidas precisamente como casos de atipicidad respecto de la norma de referencia, y ello –a su vez– se explica en la necesidad de prescindir de una fórmula casuística que abarque cada uno de estos supuestos que –por el contrario–, mediante la creación del tipo «subordinado» o «no autónomo» pueden ser abordados de un modo general. Esta consideración es muy relevante, toda vez que el método para conectar la específica hipótesis de hecho a la regla de exclusión construida con esta técnica no puede (o no debería) ser de «ponderación» (propio de las *Federal Rules of Evidence*), sino de «subsunción».

En segundo lugar, es desde la perspectiva del planteamiento del supuesto de aplicación como «categoría» de «infracción de norma», en su sustrato de «contrariedad», no adecuación (o no conformidad) unido al carácter atípico respecto de la norma de referencia (esto es aquella que no debió infringirse), permite elucubrar la tesis de un concepto de infracción que no implica necesariamente la existencia de una prohibición en sentido expreso ni explícito. En efecto, el ser de la norma consiste en prescribir, prohibir o permitir, pudiendo ser incumplida en sus tres virtualidades. En este punto corresponde el análisis de la denominada «prohibición probatoria» y su eventual sentido amplio o estricto; que se efectuará a propósito de la identificación de ambos tipos de técnicas de exclusión en los ordenamientos objeto de estudio.

4. Identificación de las técnicas de exclusión en el sistema italo-español

a) *Técnicas de exclusión en el sistema jurídico italiano: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»*

A continuación se enuncian las reglas de exclusión que obedecen a cada una de las técnicas antes explicadas, sintetizando el análisis que la dogmática jurídica italiana ha efectuado de ellas; para luego, en cambio, dedicar un apartado a las consideraciones críticas, que desde una óptica personal, provocan algunas de sus conclusiones.

El supuesto de aplicación de la regla de exclusión prevista en el art. 191 c.p.p.i. se hace consistir en la «violación» («infracción») de las «prohibiciones establecidas por la ley», que en general son denominadas como «prohibiciones probatorias». Éste sería el parámetro propio de

¹²TARUFFO, Michele, “*Note per una riforma del diritto delle prove*”, op. cit. (n. 11), p. 263 s.

la inutilizabilidad en cuanto regla de exclusión (inutilizabilidad *instituto*, o en sentido estricto) y que lo diferencia del *concepto* de inutilizabilidad (o inutilizabilidad-efecto), en la nomenclatura de GALANTINI. Esta distinción se entiende basada en el carácter «sancionatorio» de la primera; de que carece la segunda, por tratarse de límites probatorios que no integran «prohibiciones» en sentido estricto¹³.

Luego, en lo que se refiere a este aspecto sancionatorio, es decir, en cuanto inutilizabilidad en sentido estricto (como *instituto*), el ordenamiento italiano estructura una fundamental diferenciación entre «inutilizzabilità patologica» e «inutilizzabilità fisiologica»¹⁴, cada una de las cuales –según precisiones doctrinales y jurisprudenciales–, puede revestir un carácter general o especial¹⁵, adoptando –en este último caso– el carácter de regla de exclusión «analítica» o «autónoma», que analizaremos a continuación.

i. Inutilizabilidad patológica

La «inutilizzabilità patologica», como se infiere de su raíz *pathos*, alude al vicio que afecta a la prueba adquirida en violación de las prohibiciones establecidas por la ley y que repercuten sobre la prueba misma. Estas «prohibiciones probatorias» constituyen, por una parte, límites establecidos en tutela de la atendibilidad de la prueba y, por otra, límites establecidos en protección de los derechos fundamentales del individuo, que tienen una naturaleza subjetiva. En efecto, estos últimos, prescinden de la atendibilidad del elemento

¹³ Similares distinciones son expresadas por cfr. DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno all’inutilizzabilità degli atti nel processo penale*”, en *Cassazione penale* (Milano, Giuffrè, 1992), p. 1104 ss., para quien la sanción de la imposibilidad de utilización, no nace de un vicio en la formación del acto, sino de una ilegítima adquisición del mismo al proceso como prueba. En este sentido, la determinación de la utilización o no del acto sólo es relevante al momento de la adquisición, por lo que el autor reduce el ámbito de aplicación de la inutilizabilidad a la sola violación de las reglas de adquisición de la prueba. En efecto, indica que la ilegitimidad de la prueba apunta a dos diversos aspectos: a) como adquisición verificada con inobservancia de una prohibición legal; b) como adquisición irritual, es decir, verificada en violación de las normas que regulan la actividad de adquisición, siendo por ende consecuencia de una imperfecta integración de la hipótesis legal que no se comportan como verdaderos vicios en el sentido de los primeros. Más adelante agrega que: “la inutilizabilidad, más que una sanción, es una consecuencia inevitable del opuesto concepto de utilizabilidad y, más que un vicio, es una errónea aplicación de la ley procesal; es un error de juicio, consistente en haber adoptado un instrumento no permitido entre aquellos reservados al juez para el conocimiento del hecho constitutivo de delito. Dicho fenómeno, por la fundamental importancia que le reserva el nuevo código, asume el rango de categoría dogmática que puede definirse como «inutilizabilidad-función», para distinguirla de otras hipótesis en que la inutilizabilidad de una integración ilícita de la hipótesis legal (...) o de una imperfecta integración de la hipótesis misma (...) o de la violación de reglas procedimentales (...), o bien, de la violación del derecho a la defensa técnica (...)”, las que corresponderían a la llamada «inutilizabilidad-sanción», p. 1113.

¹⁴ Distinción forjada por AMODIO, Ennio, “*Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*”, en A.A.V.V., *Lezioni sul nuovo processo penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1990), p. 172. Reconocen también esta distinción: SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, en *Enciclopedia del Diritto, Annali* (Milano, Giuffrè, 2008), vol. II, p. 481 ss.; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2010, p. 535 s.; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 5; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 18 s.

¹⁵ ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n. 14), p. 523; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 18 ss.

probatorio y constituyen los obstáculos «éticos» que el ordenamiento se impone a sí mismo para la determinación del hecho constitutivo de delito¹⁶; que como se apuntará, se condice con el fundamento general del régimen de exclusión de prueba.

La inutilizabilidad patológica se encuentra normativamente prevista con carácter general en el art. 191 inciso 1° del c.p.p.i, al señalar que: «las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas». Asimismo, existen normas especiales que conminan con tal sanción infracciones precisas en la formación de la prueba, como por ejemplo la disposición contenida en el art. 271 inciso 1° en materia de interceptación de comunicaciones¹⁷.

La inutilizabilidad patológica general es de carácter absoluto, esto es, corresponde a una prueba incondicionalmente prohibida, y que por tanto, –según un sector doctrinal–tiene efecto en todas las fases del procedimiento, incluso en la investigación preliminar y la audiencia preliminar¹⁸. Igual carácter reviste la inutilizabilidad patológica especial, salvo que la norma concreta de referencia establezca límites objetivos o subjetivos, como ocurre por ejemplo en la hipótesis del art. 64 inciso 3°-bis¹⁹⁻²⁰.

ii. Inutilizabilidad fisiológica

La «inutilizzabilità fisiologica», se refiere a aquellos actos de investigación que, no obstante haberse formado válidamente con observancia de las normas que los disciplinan, no pueden ser utilizados para la decisión en juicio oral por haber sido adquiridos en ausencia de contradictorio²¹. Como se advierte, esta categoría tiene como fundamento el principio de separación de las fases que inspira el nuevo proceso penal italiano (en particular la fase de investigación preliminar respecto de la fase de juicio), debidamente sancionado en el art. 526 c.p.p.i²².

¹⁶TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 95.

¹⁷ Art. 271.1: «Los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados cuando las mismas hayan sido ejecutadas fuera de los casos consentidos por la ley o cuando no hayan sido observadas las disposiciones previstas en los arts. 267 y 268 incisos 1 y 3».

¹⁸ILLUMINATI, Giulio, «*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*», op. cit. (n. 14), p. 537.

¹⁹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 98.

²⁰ Art. 64: «Antes que tenga inicio el interrogatorio, la persona debe ser advertida que: a) sus declaraciones podrán siempre ser utilizadas en su contra; b) salvo en cuanto dispuesto por el art. 66 inc. 1°, tiene la facultad de no responder a alguna pregunta, sin perjuicio de que en todo caso el procedimiento siga su curso; c) si se efectuaran declaraciones sobre hechos relativos a responsabilidad ajena, asumiendo, en lo que respecta a tales hechos, la calidad de testigo, salvo las incompatibilidades previstas en el art. 197 y las garantías establecidas en el art. 197-bis. 3-bis La inobservancia de las disposiciones previstas en el inc. 3, letras a) y b), hacen que las declaraciones realizadas por la persona indagada sean inutilizables. En ausencia de la advertencia contenida en el inc. 3, letra c), las declaraciones eventualmente efectuadas por la persona interrogada sobre los hechos relativos a responsabilidad ajena no son utilizables a su respecto y la persona interrogada no podrá asumir, en orden a dichos hechos, la calidad de testigo».

²¹ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 95.

²² GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 109. Señala que: «la disposición se comporta como una norma de síntesis y como un instrumento de enlace de la inutilizabilidad patológica y fisiológica, expresando por este motivo una doble naturaleza: por una parte, inutilizabilidad especial

En efecto, dicha disposición establece que el juez sólo puede utilizar a efectos de la deliberación aquellas pruebas legítimamente rendidas en el juicio oral. Se trata de la consagración, como regla general, de que “los actos de investigación no pueden ser utilizados como prueba, y valen sólo para las decisiones que deben adoptarse al interior de la fase (sea de investigación preliminar o de audiencia preliminar)”²³.

La inutilizabilidad fisiológica puede ser, a su vez, general o especial, según la modalidad con que la misma es prevista en el ordenamiento jurídico. El aludido art. 526, como se ha señalado, la establece con carácter general²⁴; mientras que las hipótesis de inutilizabilidad fisiológica especial se identifican prevalentemente en todos aquellos casos en los cuales el acto, no obstante haber sido formado en contradictorio, lo ha sido sin la actuación del derecho de participar que corresponde al interesado (por ejemplo, la hipótesis contenida en el art. 500 inc. 3° c.p.p.i.)²⁵.

Por último, la doctrina ha efectuado una ulterior distinción, entre inutilizabilidad absoluta y relativa, según si el acto resulta inservible en relación a cualquier tipo de decisión (en sentido objetivo) y respecto de cualquier sujeto (en sentido subjetivo), o no. Así, la inutilizabilidad fisiológica general es objetivamente relativa en cuanto los actos de investigación podrán ser utilizados para todas las decisiones que involucren la respectiva fase procesal, pero no valdrán como prueba para el juicio oral. En cambio, la inutilizabilidad fisiológica especial será objetiva o subjetivamente relativa según cuál sea el contenido de la norma que la disponga²⁶.

iii. Consideraciones críticas

Según GALANTINI, –como la casi totalidad de la doctrina italiana–, en el caso de la inutilizabilidad fisiológica, “la ausencia de las garantías propias del juicio en el momento de la formación del acto, determina por ende una suerte de «ineficacia», un valor negativo que el legislador ha considerado tener que afrontar con la misma intensidad con que ha sancionado a la prueba ilegítima. En este sentido, ante una impropionable aproximación entre prohibiciones probatorias típicamente consideradas y «prohibiciones» a tutela de la separación probatoria

sancionada por la violación de reglas de adquisición en fase de juicio y, por otra, prohibición probatoria funcional a la disciplina de las relaciones entre la fase procedimental y la procesal. [...] Por tanto, se trata de una norma polifuncional, cuya prescripción incide tanto sobre la ilegitimidad de la prueba como sobre su «imperfección», [...] referida respectivamente a la prueba patológica y fisiológicamente inutilizable”.

²³ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n. 14), p. 536. “Sin embargo, debe considerarse que en este caso la exclusión se refiere a elementos que han sido adquiridos en conformidad con las reglas, y que pueden ser legítimamente utilizados en la fase de investigación preliminar, aun cuando no sean admisibles como prueba para el juicio”.

²⁴De todos modos, no debe perderse de vista el hecho que la norma del art. 526 c.p.p.i., ha sido correctamente considerada una norma de síntesis tanto de la inutilizabilidad fisiológica como patológica, *vid.* SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo* (1ª ed., Torino, Giappichelli, 2000), p. 135 ss.

²⁵TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 97. El art. 500 inc. 3, dispone: «Si el testigo se niega a someterse al examen o contraexamen de una de las partes, respecto de ésta no pueden utilizarse, sin su consentimiento, las declaraciones efectuadas en otra sede, quedando a salvo las sanciones penales eventualmente aplicables al declarante».

²⁶TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 97.

entre las distintas fases, se manifiesta un paralelismo entre el aspecto fisiológico y patológico de la *inutilizzabilità* que justifica su reconducibilidad a la disposición general, con los efectos postulados para esta última sobre el plano de la declaración incontrastable y de su carácter insanable (art. 191 inc. 2° c.p.p.)²⁷.

Que la doctrina italiana estime una «impropiedad» concebir la existencia de una prohibición probatoria en sentido estricto tras la figura de la inutilizabilidad fisiológica, representa una inconsistencia con su tesis inicial, esto es: haber aunado tanto la inutilizabilidad patológica como fisiológica dentro del aspecto sancionatorio propio de la inutilizabilidad como *instituto*, o regla de exclusión, para diferenciarla de los «actos imperfectos» conectados a la infracción de límites probatorios no constitutivos de prohibición en sentido estricto, y por ende, únicamente asociados al efecto *de* inutilizabilidad. De hecho, al respecto no se profundiza mayormente, por lo que el afirmado «paralelismo» entre ambas figuras, no se termina de comprender.

Es probable que esta conclusión se construya en vistas al carácter «disponible» de la tutela establecida respecto de la separación de fases. En efecto, se indica que, si bien “los elementos formados en ausencia de dialéctica, pueden ser utilizados por el MP en la opción de elevar la imputación o solicitar su archivo, son considerados desconfiables para la definitiva reconstrucción del hecho en juicio”²⁸, *salvo* acuerdo de las partes en cuanto posean la facultad de renunciar a la exclusión de los elementos obtenidos sin contradictorio²⁹. Sin embargo, una tal conclusión resulta equivocada en sus fundamentos y tiene que ver, con el contenido de la «prohibición probatoria» que la dogmática italiana hace consistir en límites establecidos en tutela de la atendibilidad de la prueba y, en límites establecidos en protección de los derechos fundamentales del individuo, *que tienen una naturaleza subjetiva*.

En efecto, no cabe duda que el sustrato del principio de separación de fases en los términos descritos, es –precisamente– propender al establecimiento de un determinado enfoque o método epistemológico, según el cual la «prueba» para gozar de dicho carácter debe ser realizada en juicio en cumplimiento de todas las garantías procesales establecidas legal y constitucionalmente, dentro de las cuales se encuentra, –como se sabe– el principio de contradicción y, en lo que respecta primordialmente al principio de separación de fases, al principio de inmediación, ya que de lo contrario bastaría adelantar el ejercicio de la contradicción a las fases anteriores para que el principio de separación no se entendiese vulnerado. En este sentido, entonces, bien puede comprenderse el supuesto de inutilizabilidad fisiológica en el marco de los límites establecidos a la atendibilidad de aquella prueba que, sin haber sido practicada en contradictorio, pretenda ser incorporada al juicio sin acuerdo entre las partes, lo cual nos conduce a un segundo contra-argumento.

De esta constelación de ideas, resulta que, además, la circunscripción de la segunda hipótesis de inutilizabilidad patológica a los límites establecidos en protección de los derechos

²⁷GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 9.

²⁸CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1775.

²⁹ILLUMINATI, Giulio, “*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 537.

fundamentales del individuo, *únicamente* a aquellos de *naturaleza subjetiva*, debiese ser revisada, o precisada. Para comenzar, correspondería esclarecer si con ello se está haciendo alusión únicamente a los denominados derechos fundamentales de carácter material, descartando aquellos de naturaleza procesal, o no; o, si por otra parte, se está remitiendo únicamente a aquéllos que puedan revestir el carácter de «derecho subjetivo».

De cuanto anotado, arribamos a un nudo crítico que se plantea en los mismos términos en el sistema español con ocasión del supuesto de aplicación de la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ respecto de la «prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales», comúnmente llamada «prueba ilícita». Y que, por su extensión analizaré en el *capítulo conclusivo*, ya que el mismo supone pronunciarse sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de la regla de exclusión.

b) *Técnicas de exclusión en el sistema jurídico español: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas»*

Aun cuando se haya anotado que la gran mayoría de la dogmática jurídica española niegue el reconocimiento de una regla de exclusión al interior de su sistema; la presente exposición se articula en consonancia con el discurso propio que se viene desarrollando.

i. Reglas de exclusión «analíticas» o «prohibiciones probatorias»

En España, la unanimidad de la doctrina asume un concepto restringido de «prohibición probatoria», limitándola a los supuestos en que exista una norma *legal expresa* de carácter *prohibitivo*, que vede al Juez o Tribunal su admisión y valoración como elemento probatorio. Es decir, se rechaza la idea de que las «prohibiciones probatorias» puedan ser establecidas en forma implícita o tácita.

Desde esta perspectiva, –como anota MIRANDA ESTRAMPES– se distingue entre prohibiciones legales con carácter general y prohibiciones legales de carácter singular, “según si las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado”. A su juicio, además, en el ordenamiento español sólo existirían prohibiciones de carácter singular³⁰, las que podrían sistematizarse en el siguiente esquema³¹: i) prohibiciones que afectan a la materia objeto de investigación o de prueba, donde el caso por antonomasia estaría representado por las materias «secretas» o «reservadas»³²; ii) prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la

³⁰MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004), p. 33. En este punto, el autor sigue la posición expresada por Sierra Domínguez en materia procesal civil.

³¹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 34 ss.

³² En las prohibiciones relativas al objeto de investigación o prueba, en España se incluyen: los secretos oficiales, el testimonio prestado por funcionarios cuando ni puedan declarar sin violar el secreto que están obligados a guardar en razón de sus cargos o cuando procediendo en virtud de obediencia debida, no fueran autorizados por su

obtención de fuentes de prueba, como el caso de las declaraciones del imputado bajo tortura, coacción o amenaza; *iii*) prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba, entre los que se indica el caso de la prueba testifical de parientes y de determinados profesionales o funcionarios, y los testimonios de referencia.

Se trata de la sistematización efectuada por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA según si la prohibición tiene por objeto el *tema*, el *método* o el *medio* de prueba³³, –que también es compartido por ARMENTA DEU³⁴– y que, en todo caso, obedece a las prohibiciones probatorias acuñadas por BELING. Para el autor alemán, éstas podían ser clasificadas en absolutas (prohibiciones referentes al tema probatorio) y relativas (referentes a los medios probatorios); entendiendo que, mientras las primeras establecen un tema determinado y prohíben al juez toda prueba sobre él; las segundas excluyen sólo ciertos medios de prueba, sin impedir al juez esclarecer el hecho por otros medios.

De lo anterior, se percibe inmediatamente que la cuestión sobre el no reconocimiento de una regla de exclusión analítica en este contexto es una cuestión puramente nominal, puesto que tanto el contenido como la lógica de los casos expuestos resultan ser casi los mismos de aquellos que en el sistema italiano constituyen hipótesis de inutilizabilidad especial. Es más, se advierte que al igual que su símil italiano, la dogmática adopta una interpretación restringida del concepto de «prohibiciones probatorias», que será tratado en el capítulo segundo relativo, justamente, al supuesto de aplicación de la regla de exclusión.

Esta observación crítica se ve confirmada por una frase de MIRANDA ESTRAMPES, al explicar que –en su concepto–, se trataría de “«prueba ilícita» en sí misma, dado que la ley la declara inadmisibles”³⁵; esto es, con referencia al supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, que esta investigación ha calificado también como «regla de exclusión». El que el citado autor lo exponga en términos de «prueba ilícita en sí misma», nos conduce a otra cuestión lingüística de que se tratará en seguida.

Cerremos eso sí destacando que a efectos comparados, la situación es idéntica en ambos ordenamientos, esto es, en ambos la cuestión de las reglas de exclusión analíticas no pone mayores inconvenientes, toda vez que se trata de hipótesis en que la «prohibición probatoria» se encuentra expresamente establecida en la ley. Sea que en un sistema se les llame casos de

superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida (art. 417.2 LECrim), ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, en *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, p. 184. Sobre la discutida naturaleza de este precepto, así como de la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada parcialmente por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, remite a DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., “*El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995*”, en *Revista La Ley*, N° 3952, 15 de enero de 1996, p. 1 ss.

³³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida* (1ª ed., Madrid, Akal, 1989), p. 121 ss.

³⁴ Para el análisis de cada uno de ellos, *vid.* ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 84 ss.

³⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 33. En el mismo sentido, ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 83, “El criterio de *prohibición probatoria* conduce a los *casos de norma legal expresa de carácter prohibitivo* que recaen sobre diversos aspectos: los métodos de investigación, el objeto de la investigación, o determinados medios de prueba”.

inutilizabilidad especial (patológica o fisiológica), o, derechamente casos de «prohibición probatoria».

ii. Reglas de exclusión «subordinadas» e impropiedad lingüística en el uso del término «prueba ilícita»

Tal como se ha adelantado el análisis de la norma del art. 11.1 LOPJ no puede efectuarse en forma separada al art. 283.3 LEC. Esta última constituye una regla de exclusión subordinada cuyo supuesto de aplicación es «cualquier actividad probatoria prohibida por ley». Luego si bien el art. 11.1 LOPJ constituye una concreción de la misma a modo de regla analítica a su respecto, el punto está en que vuelve a introducir una categoría genérica como supuesto de aplicación referido a la «prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales», que deberá –a su vez– ser objeto de concreción. Dado que en España el análisis se ha circunscrito a esta norma en forma aislada, se procurará seguir el análisis conforme a dicha lógica, con el objeto de demostrar que aún así debe serle reconocido el carácter de regla de exclusión, dejando otras consideraciones para el *capítulo conclusivo*.

El hecho de que la dogmática jurídica española, en su mayoría, no advierta la existencia de una regla de exclusión subordinada en la disposición del art. 11.1 LOPJ, ha conducido a un cierto «fraude de etiquetas» implícito, que se concreta en el binomio «ilicitud probatoria» y «prueba ilícita»; y que finalmente conduce a afirmaciones que envuelven ciertas aporías tales como llegar a interrogarse acerca de la extensión de la «prueba ilícita» a la «prueba irregular o ilegal».

Así, el fraude de etiquetas al que me refiero se debe a que la dogmática española construye el concepto de «prueba ilícita» incluyendo en su estructura el efecto consagrado en el art. 11.1 LOPJ. De este modo, el término «prueba ilícita» se traduce en una especie de expresión de abreviatura que indica la prueba que debe ser objeto de «expulsión» (en el sentido de concepto teórico-jurídico de esta tesis) en los términos del art. 11.1 LOPJ. Aquí también cobra pragmatismo el concepto teórico-jurídico de regla de exclusión, el cual evidencia la existencia de dos elementos estructurales distintos que se conectan únicamente con la formulación de la regla, para obtener la significación que pretende la dogmática española, cual es adosarle dicha «expulsión».

Este «fraude» queda aún más patente si se tiene presente el tratamiento jurisprudencial que actualmente recibe el fenómeno. En efecto, como se explicará, el TC supedita la aplicación del efecto del art. 11.1 LOPJ a un requisito de relevancia que se hace consistir –aun cuando se haya constatado la obtención de una prueba con violación de derechos fundamentales– en la efectiva vulneración del principio de presunción de inocencia como regla de juicio. En otras palabras, aun cuando se verifique el supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, y por ende, tal prueba deba ser calificada como «prueba ilícita», como de hecho se hace, no se aplica finalmente el efecto que le es propio. Sin perjuicio de que esta criticable impostación será analizada en profundidad en el *capítulo segundo* de esta investigación, ella pone en evidencia que el concepto de «prueba ilícita» no incluye en su estructura el efecto, sino que debe

considerarse referido únicamente al supuesto de aplicación de la norma, ya que ello – paradójicamente– impide que, a través de este recurso lingüístico, el mismo resulte en definitiva desaplicado.

Es nuevamente este «fraude» el que subyace en la maraña lingüística y conceptual de las expresiones «ilicitud probatoria» y «prueba irregular», y que conduce a una inadecuada aproximación a esta última. Ocurre que el término «ilicitud probatoria» utilizado por gran parte de la doctrina española como sinónimo de «prueba ilícita» en los términos aquí criticados, resulta ser impreciso o confuso, ya que no cabe duda alguna de que tanto las «prohibiciones probatorias» –como sustitutas de «reglas de exclusión analíticas»–, como las denominadas «pruebas irregulares», esto es, aquellas obtenidas con infracción de la legalidad ordinaria, también constituyen, una ilicitud de este carácter, es decir, probatoria.

Esta inconsistencia ha debido ser colmada a través del recurso de distinguir una noción de «ilicitud probatoria» en sentido estricto como sinónimo de «prueba ilícita»³⁶ (también denominada «prueba ilícita en sentido estricto»), y una noción de «ilicitud probatoria» en sentido amplio (también denominada «prueba ilícita en sentido amplio»), comprensiva de las tres hipótesis descritas. Luego, con el objeto de dar consistencia a este esquema clasificatorio, se indica que desde una perspectiva amplia, que da lugar a la aparición de diversos contenidos de ilicitud probatoria, no todos ellos sean doctrinalmente suficientes para dar lugar a los efectos del art. 11.1. LOPJ, sino que por el contrario, se tendría que identificar el tipo de ilicitud que da lugar a la aplicación de la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ, y que por ende debe reputarse «prueba prohibida»³⁷. Siendo un problema que en todo caso, déjese en claro, no se pone

³⁶ A modo ejemplar, ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 95, “La ilicitud probatoria a la vulneración de los primeros [requisitos de legalidad constitucional], cuyo alcance delimita el art. 11.1 LOPJ”.

³⁷ Similares clasificaciones pueden observarse en: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 19 ss., y p. 27 a 32; ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 31. “... la ilicitud de la prueba puede provenir de distintas causas: ser pruebas legal y expresamente prohibidas, ser irregulares o resultar defectuosas, diversificándose la prohibición en aras de su objeto (prohibición de prestar testimonio para quienes están obligados a guardar secreto), afectar a determinados métodos de investigación (torturas, coacciones o amenazas), referirse a determinados medios de prueba (testimonio entre parientes, testimonios de referencia), violentar derechos fundamentales, o ser irregulares o resultar defectuosas. Puede producirse en diferentes momentos (antes o en el mismo proceso), operar en beneficio del causante de la ilicitud o de un tercero, o finalmente, consistir en actuaciones de diferentes sujetos (acusadores o acusado)”; ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, en *Revista Ius et Praxis*, 2013, N° 2, p. 355 s.: “Se detecta así un *concepto amplio de prueba ilícita*, cuya nota común es configurarla más allá de la obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales y otro calificado de *estricto*, que se circunscribe a la infracción de derechos fundamentales. Desde la primera perspectiva, para la prueba cuya obtención o práctica se infringen derechos fundamentales se reserva el calificativo de «prueba prohibida». Que luego se confirma al señalar que: “la ilicitud probatoria abarca, desde la nulidad absoluta y consecuente exclusión, hasta la permanencia y eventual subsanación o la mera declaración de irregularidad”, p. 357; ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 181 s., “la posición restrictiva de la prueba ilícita, la equipara conceptualmente a la prueba prohibida, configurando esta última como consecuencia de la prueba ilícita, de manera que resulta ser la prueba que no puede ser incorporada al proceso por su ilicitud”. En nota n. 12 señala que: “Así se recoge también en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1996, p. 1343”. En jurisprudencia se advierte dicho esquema en STS de 29 de marzo de 1990 (Art. 2467); STS 13 de marzo 4 de diciembre de 1992, ponente Delgado. Ver también STC 341/1993.

respecto de las denominadas «prohibiciones probatorias» que al ser explícitas son unívocas en su efecto.

Si bien esta nueva clasificación correctiva tiene el mérito de reconocer la existencia de una «ilicitud probatoria» en las tres hipótesis mencionadas, no soluciona el fondo del asunto, cual es el inadecuado tratamiento al que quedan sometidas las «pruebas irregulares». Volveremos sobre esta asunto en el capítulo dedicado al tratamiento del supuesto de aplicación de la regla de exclusión.

Por ahora se dirá solamente que, en estricto rigor, el empleo del vocablo «prueba ilícita», en el sentido de abreviatura especificado, coincide en el fondo con la idea de «prueba prohibida» de la doctrina italiana, esto es, aquel tipo de prueba respecto de la cual opera la regla de exclusión contenida en el art. 191 inc. 1º c.p.p.i.; con lo cual vuelve a quedar en entredicho la resistencia de la dogmática española frente al reconocimiento de una regla de exclusión en el art. 11.1 LOPJ.

Si se efectúa una breve recapitulación de las tesis esbozadas hasta ahora, resulta que la dimensión pragmática de la teoría que se construye, pone de manifiesto –de momento– la existencia de dos nudos críticos comunes a ambos sistemas jurídicos, y que dicen relación con el supuesto de aplicación de sus respectivas reglas de exclusión subordinadas. Éstos son, a saber: *i)* el carácter material o procesal de los derechos fundamentales susceptibles de infracción; y *ii)* la posibilidad de incluir hipótesis de «prohibiciones probatorias» implícitas o tácitas, que por ende deban ser recabadas de una interpretación sistémica del ordenamiento; ambas, íntimamente relacionadas con la cuestión de la fuente de la «prohibición» (y en este sentido con la controvertida cuestión de la «prueba ilícita en sentido técnico italiano», esto es aquella obtenida con infracción de derecho penal sustancial; y, con las «pruebas irregulares» españolas).

A mi parecer, una adecuada comprensión de estos nudos críticos exige –necesariamente– efectuar un análisis acerca del «fundamento» de la existencia de la regla de exclusión, que por lo demás, repercutirá en las soluciones que se adopten en lo que respecta a su «efecto» como segundo elemento estructural, y consecuentemente, a su tratamiento procesal. Por este motivo, se dedicarán los apartados siguientes a la cuestión del «fundamento» de la regla, para dedicar el segundo y tercer capítulo a la profundización sobre la naturaleza jurídica de la regla y sobre su supuesto de aplicación, respectivamente.

Dado que la cuestión del fundamento de la regla de exclusión subordinada que aquí tratamos se ubica en un contexto más amplio, cual es el fundamento de la existencia de un «régimen de exclusión de prueba» en general (que incluye tanto las reglas de exclusión analíticas como aquellas referidas a la determinación del *thema probandum*), es que dedicaremos la segunda y tercera sección del presente capítulo al fundamento axiológico de la primera; y a los enfoques tradicionales acerca del fundamento de la regla de exclusión subordinada, respectivamente.

II. «Fundamento» axiológico del «Régimen general» de exclusión de prueba

Los enfoques que se describirán en la sección siguiente a este apartado, responden al modo en que se ha justificado la existencia de un «régimen general de exclusión de prueba», – no solamente ilícita ni circunscrita al proceso penal–; como presupuesto necesario de la regla de exclusión subordinada.

El fundamento del régimen general de exclusión de pruebas, ha sido desarrollado por la doctrina filosófica-política a partir de la función epistemológica del proceso. Se ha indicado que la función epistemológica del proceso como instrumento apto para reconstruir las proposiciones sobre los hechos planteadas por las partes en él, no puede considerarse una actividad absolutamente libre. Si bien la legitimidad de la decisión que se adopte en base a la actividad probatoria judicial, presupone o insta a que a través de dicha actividad se alcance la «verdad»; se entiende que no puede desconocerse el contexto institucionalizado en que se despliega tal actividad, esto es, precisamente, el proceso; correspondiendo consecuentemente reconocer los otros fines a que éste se encuentra encaminado de acuerdo con las influencias ideológicas (políticas, sociales y culturales) de los diversos sistemas.

De lo anterior surge que a la base del régimen de exclusión se haya toda una evolución filosófica-política conectada al «fin del proceso», a la «verdad» y a la «prueba», que debe ser examinada.

1. Evolución del concepto de «verdad» y de «prueba»

a) Régimen de «prueba legal» y verdad «probable»

En un sistema de «prueba legal», la ley establece la fuerza probatoria de cada medio de prueba, de modo que todo alejamiento del juez respecto de estos criterios predeterminados puede ser censurado sobre la base de un error de derecho. Corresponde a una formulación medieval que, apegada a exagerados «formalismos» procuraba, por una parte, superar los criterios irracionales tales como la suerte, el duelo o las ordalías de los ordenamientos primitivos³⁸; y por otra, pretendía impedir las arbitrariedades provenientes de jueces corruptos o ignorantes.

En efecto, en lo que respecta a este último aspecto, debe considerarse que en la Edad Media la determinación de los elementos del tipo eran dejados a la prudente valoración del

³⁸ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009), p. 28 ss. De todos modos, y como ponen de manifiesto quienes han buscado el fundamento de la racionalidad de la valoración de la prueba, igualmente es posible estimar su vigencia en este denominado régimen primitivo, puesto que el hecho de descubrir la verdad a fuerzas ultra terrenas, era coherente con el dato presupuesto de la fe en la existencia de un ser superior. Como explica el citado autor, es esta misma inspiración la que hace que esta transición se vea favorecida “por la actitud de la Iglesia, que en el IV Concilio de Letrán proscribió las ordalías: paradójicamente, en la cruzada de la misma contra la herejía, el juicio de Dios, con la llamada a éste *en causa*, no fue reputado un buen medio. Por otra parte, en su sentido de la penitencia como forma de expiación de los pecados a través de la confesión, se daba una correlación entre pena física y búsqueda de la verdad que propiciaba extraordinariamente la recuperación procesal de la tortura, que enseguida se produjo”.

juez; ya que los estatutos medievales sólo mencionaban el delito y no el hecho, existiendo grandes preocupaciones por el abuso de este poder. Para facilitar –al menos en parte– tal situación, la investigación judicial se fundaba en la distinción conceptual de *quaestiones* y *status*, entendidos como «centros de argumentación», en base a los cuales era posible construir toda una articulada teoría sobre la relevancia de la prueba y sobre las reglas de exclusión de prueba, en cuanto disciplinas del procedimiento de investigación. Se trataba de una metodología en que la reconstrucción del hecho se desarrollaba en un «orden isonómico», en que el reconocimiento de la existencia inevitable de un margen de duda y de la implicación axiológica de todo juicio (según preferencias éticamente fundadas) evidenciaba la fisonomía argumentativa del instituto probatorio, estrictamente ligada a una percepción de la retórica como rama de la dialéctica, entendida esta última como teoría del razonamiento probable a partir de premisas generalmente aceptadas, en que eran aplicados procedimientos análogos a aquéllos del razonamiento necesario usado en lógica, en modo de lograr que el razonamiento retórico fuese en un cierto sentido lógico y riguroso.

Sin embargo, para un mayor control del arbitrio judicial, la atención de los juristas se trasladó desde la actividad de investigación a aquella de decisión. Como explica UBERTIS, ya no se trata de fundarse en la *inventio*, sino de conectar los resultados de la investigación a través de nexos necesarios, de *inventia disponere*. De este modo, contemporáneamente con los primeros procedimientos de fijación legislativa de los elementos del tipo, se produce una mutación en la delineación del fin del proceso judicial: ya no se trata de esclarecer lo mejor posible un acontecimiento en función de su relevancia jurídica, sino que de acreditar si un determinado hecho, «científicamente» analizado, era de per sé, subsumible en una determinada norma, en cuanto principio «cierto».

Mientras que en el proceso medieval el hecho era de competencia de las partes, que intentaban reconstruirlo en contradictorio, siguiendo las «reglas de exclusión» fundadas sobre la teoría de los *status*; ahora, en atención a los poderes del magistrado, «ya no tiene significado la limitación del campo de la investigación del hecho, como medida de defensa frente a posibles errores del juez. El hecho objeto de investigación deberá, más o menos, desde un punto de vista probabilístico, ser similar al hecho hipotizado en la norma», donde el acento es puesto sobre la «probabilidad» en cuanto frecuencia relativa a un evento en el ámbito de una larga serie de eventos y ya no como grado de confirmación de una hipótesis en relación a un conjunto definido de información, afirmándose poco a poco una concepción demostrativa de la prueba y de un orden «asimétrico» del proceso.

Como consecuencia de ello, se pierde consciencia sobre la incidencia del método empleado sobre el resultado mismo de la investigación, por lo que el hecho viene a ser considerado externo al investigador; por ende ya no se trata de reconstruirlo a través de la valoración, sino que de acreditarlo en su supuesta existencia «objetiva». Una vez que la concepción de la probabilidad objetiva penetró en el mundo jurídico, resultó fácil sostener que la investigación sobre el «hecho» deducido en juicio no era disímil de cualquier otro hecho

perteneciente a una determinada clase³⁹, que como veremos tendrá importantes consecuencias en la impostación del nuevo modelo probatorio basado en la idea de libertad de prueba.

Con todo, la solución proyectada sobre estos criterios apriorísticos formales, de prueba tarifada, hicieron que la figura del juez quedara reducida a una aplicación, por decir, más matemática que racional de las normas, que no siempre permitía acceder a la verdad, produciendo el implícito inconveniente de que “el conocimiento legal del hecho prescindía completamente de la convicción, terminando por suprimir el hombre en el juez, degradándolo a una máquina inanimada, limitada a aplicar las reglas de juicio predispuestas por el legislador”⁴⁰. Ello sobre todo en sede penal, donde la confesión como reina de las pruebas era frecuentemente obtenida a través de la tortura en cuanto “intento despreocupado de superar los límites de una *verdad probable* y obtener el objetivo de la acreditación de una *verdad real*”⁴¹.

Sin embargo, como bien recapitula ANDRÉS IBÁÑEZ, “las «exigencias de ejemplaridad y represividad» –escribe también Alessi– harían mella en el rigor formal del sistema de la prueba legal, flexibilizándolo sensiblemente *contra reo*. Una adecuación que, en efecto, como señala Meccarelli, «se llevará a cabo sin una explícita superación del sistema de la prueba legal, sino a través de una subterránea eficaz recuperación de la prueba indiciaria». (...) Como hizo notar expresivamente Radbruch, del mismo modo que la necesidad de fortalecer la respuesta punitiva condujo del proceso medieval al proceso inquisitivo, fue la necesidad de protección del inocente frente al Estado lo que impulsó el abandono del régimen de la prueba legal basado en la tortura”⁴².

El estereotipo⁴³ indica que tal sistema habría sido superado por otro, más civilizado y racional –en el contexto de la filosofía iluminista de la Revolución francesa–, tendiente a la

³⁹ UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1979), p. 84 a 87; UBERTIS, Giulio, “*Processo penale ed epistemologia giudiziaria*”, en ID., *Argomenti di procedura penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 2006), t. II, p. 120 ss.

⁴⁰ DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 1263; UBERTIS, Giulio, “*La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*”, en ID., *Argomenti di procedura penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 2006), t. II, p. 137, “La lógica jurídica viene asimilada a la lógica inductiva y la prueba judicial a la prueba indirecta, que implica el paso de un hecho conocido a uno desconocido: el *probandum* deja de ser entendido como una cuestión controvertida, para pasar a ser considerado como un «hecho», dotado de existencia «real, cuya acreditación más allá de los límites de la verdad probable humana, podía llegar a consentir el uso de la tortura»”.

⁴¹ GIULIANI, Alessandro, “*Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*”, en *Recueils de la Société Jean Bodin, XVI (La preuve, I: Antiquité)*, Bruxelles, 1965, p. 184), citado en UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1979), p. 88, nota 14. Para una acurada revisión histórica del punto, vid. LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 2006), *passim*, p. 1-60.

⁴² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 33 s. y 36.

⁴³ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 969. En efecto, CAVALLONE señala que existen válidos motivos para considerar que los grotescos defectos adosados al sistema de «prueba legal», no hayan en realidad existido jamás, y que correspondan en gran medida a una invención retrospectiva de Voltaire con el fin de contraponerlo a la iluminada racionalidad moderna. En todo caso, tal como agrega ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), Prólogo, p. 38 s. Voltaire igualmente habría expresado su preocupación por la degradación “que podría experimentar un régimen de convicción libre sin restricciones. Los errores surgidos «del seno de las propias

búsqueda de la verdad material íntimamente ligada con el llamado «principio de libre convencimiento del juez».

b) *Régimen de libertad de prueba; «principio de libre convencimiento del juez» y verdad «material»*

La solución a las críticas formuladas al sistema anterior esbozaba un sistema de libertad de prueba, donde el juez no pudiese ser constreñido por supuestos formalismos procesales, siendo libre de formar su propia convicción en el modo que considerara más oportuno, y por ende, en modo discrecional, sin vínculos de ninguna especie⁴⁴.

Si bien los orígenes históricos del principio de libre convencimiento del juez se hallan ya en el derecho romano⁴⁵; su construcción más reciente se ubica dentro de un complejo proceso de reforma política y jurídica que aviene con la revolución francesa: cuya pretensión de cambiar radicalmente las instituciones del *ancien régime*, incluidas las jurídicas, se manifiesta – en materia de prueba– en la sustitución del sistema de prueba legal⁴⁶. La primera vez que el principio toma forma explícita, es a partir del Tribunal Revolucionario, creado por la Convención Nacional francesa a través de la ley de fecha 10 de marzo de 1793.

Según CAVALLONE, su introducción no obedece a razones de justicia ni a la protección de la libertad o defensa del imputado, sino que –todo lo contrario– nace con el objetivo de sobrepasar aquel mínimo de garantías que aún permanecían en el proceso, en modo de poder obtener un resultado ilegal previamente prestablecido. La función de dicho tribunal consistió primeramente en acabar con los refractarios a la revolución, aristócratas y clérigos, para luego terminar con los revolucionarios mismos. Para facilitar tal cometido es que se habría dictado la famosa ley de 10 de junio de 1794, cuyo art. 8° consagraba en materia de prueba estos dos principios, complementarios entre sí, de la búsqueda de la «verdad material» y del «libre convencimiento del juez». En este sentido, resulta entonces pertinente destacar que el origen del principio se halla estrecha e indisolublemente unido al uso arbitrario e ilícito del proceso para servir a fines extraños al mismo y a la justicia⁴⁷.

leyes», escribió el ginebrino, podrían muy bien llevar incluso a «desear que toda ley fuese abolida y que su supuesto fuera ocupado por la conciencia y el buen sentido de los magistrados».

⁴⁴MONTELEONE, Girolamo, “*Storia del processo e della dottrina processuale. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*”, en *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 124.

⁴⁵Vid. BROGGINI, Gerardo, “*La prova nel processo romano arcaico*”, en *Jus*, XI, 1960, p. 363 s. y PUGLIESE, Giovanni, “*La prova nel processo romano clasico*”, en *Jus*, XI, 1960, p. 389 ss.

⁴⁶Sobre el proceso de reforma del *ancien régime*, en extenso vid., SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 1-64.

⁴⁷MONTELEONE, Girolamo, “*Storia del processo e della dottrina processuale. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 44), p. 125 a 130. DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, op. cit. (n. 40), p. 1270 s. “La innovación encontró justificación en la necesidad de eliminar los inconvenientes derivados del sistema de la prueba legal en contra de la cual se habían levantado las críticas de los *philosophes* iluministas y, en particular de Voltaire, que vieron en la alternativa del modelo inglés, fundado en la *jury*, un remedio a las aberraciones del proceso inquisitorio y aritmético de la prueba. El sistema de jurado era impostado sobre la base de la separación del juicio de hecho del juicio de derecho y los jueces populares eran llamados a responder con un monosílabo (un sí o un no) a la cuestión

Mientras en el sistema de la prueba legal, creadas sobre la base de reglas de experiencia, la verdad que se lograba adquirir era, por decirlo de alguna manera, *interna* al proceso: en cuanto el proceso gobernaba y administraba su verdad, el dominio del nuevo modelo cognoscitivo vuelca los términos del problema: el método –ya de por sí– garantiza la adquisición de la verdad, prescindiendo del *contenido* del juicio del juez, dejando atrás la concepción de la llamada «verdad práctica» y dando paso a la denominada «verdad demostrativa» obtenida a través de la certeza histórica de la misma. Se entiende que el hecho del pasado debe ser acreditado en el proceso en base a los criterios generales de toda verdad: por tanto implica el abandono de las pruebas legales y la sumisión del juez al régimen común de toda verdad en modo análogo al juicio del libre investigador de la naturaleza⁴⁸.

Es así como se delinea la noción de «verdad material», en contraposición a la de «verdad formal», que constituirá la meta cultural dominante a partir del siglo XVIII y que inspirará al legislador del código prusiano y del código napoleónico. Se trata de la “fractura del ligamen entre lógica y retórica (progresivamente reducida a la «teoría del buen estilo, del ornato») que se basa en la pretensión de reconducir todo razonamiento al interior de una estructura lógico-demostrativa de corte silogístico, basada sobre criterios indiscutibles, con exclusión de la posibilidad de duda o de elección⁴⁹.

En este orden de cosas, “el paso del pensamiento filosófico iluminista a la normativa procesal, ha determinado, en el Ochocientos europeo, una radical transformación del efectivo alcance de la regla relativa a la libre valoración de la prueba. La *libertad como supremacía de la razón* viene a ser gradualmente sustituida, en las disposiciones de los códigos procesales penales de Francia, Italia y Alemania y en la praxis, por la noción de *libertad como primacía de la esfera emotiva*”, que provocó degeneraciones en la concepción del libre convencimiento⁵⁰, íntimamente ligado a la ausencia de motivación de la decisión. Este aspecto resulta bien expresado en la terminología adoptada en el ordenamiento francés: «principio de la íntima convicción» que, en primer lugar expresa la necesidad de una libre decisión sobre la valoración de las pruebas y una aspiración a la «verdad», que pone énfasis en la interioridad del juicio, esto es, al fenómeno de pura conciencia que favorece la aceptación de la idea de un poder del

de hecho formulada por el Presidente. De este modo se delineó una práctica inconciliable entre el régimen de *intime conviction* y la posibilidad de motivar el convencimiento, que permanecía incrustado en la esfera inescrutable de lo incognoscible. Así se estableció una manifiesta sintonía entre el libre convencimiento del jurado y el veredicto inmotivado que tornaba incontrolable el proceso cognoscitivo a través del cual los jueces laicos habían arribado a la deliberación. Por tanto, el libre convencimiento queda reducido a la mera persuasión basada en la irracionalidad de la elección, acentuando la separación entre convencimiento y conocimiento; que se mantiene incluso en el código napoleónico, cuando la *intime conviction* fuera extendido a jueces profesionales”.

⁴⁸ DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, op. cit. (n. 40), p. 1265.

⁴⁹ UBERTIS, Giulio, “*Processo penale ed epistemologia giudiziaria*”, op. cit. (n. 39), p. 120.

⁵⁰ AMODIO, Ennio, “*Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 3 s. Califica esta degeneración como «teoría romántica del libre convencimiento».

juez «misterioso e infalible», no susceptible de análisis ni de control, y por ende, impenetrable para todo tipo de investigación⁵¹.

La influencia de este esquema cultural se puede identificar en el art. 299 del derogado c.p.p.i., en que se establecía la obligación del juez de ejecutar todos y sólo aquellos actos que pareciesen necesarios para la acreditación de la verdad. La primera consecuencia de este enfoque es la desvalorización del contradictorio, concebido como obstáculo de la búsqueda de la verdad y la exaltación del derecho a la información del juez, señor de la prueba, que prevalece sobre la lógica de la controversia y sobre el carácter dialéctico, selectivo y confutatorio de la investigación. La elaboración de la prueba se convierte en el resultado de una «operación solitaria de la mente del juez», el cual es *advocatus partium generalis*, según la fórmula de Leibniz, mientras se exalta la función del procedimiento como método, que importa la neutralización de la esfera ética y por tanto, la indiferencia por los valores, como síntoma más inquietante de la crisis del moderno concepto de racionalidad que representa a su vez la matriz cultural de la versión irracional del principio del libre convencimiento⁵².

Se habla de concepto «moderno de racionalidad» y de «versión irracional» del principio del libre convencimiento porque, como explica IGARTUA SALAVERRIA, la «íntima convicción» de todos modos estaba basada en el sentido común como “resultante de la razón, entendida ésta como facultad natural, espontánea, para juzgar correctamente, opuesta a las pasiones. De ahí que el convencimiento, que se consigue con la razón, aunque sea *íntimo* no por ello deja de ser *común* ya que se apoya en una facultad –la razón– que a priori ha sido igualmente distribuida. Las voces «sentido común» y «sentimiento íntimo» que aparecen en la *Enciclopedia* de Diderot y d’Alembert corroboran que, en este contexto, se está mencionando una capacidad de acceder a la verdad, propia del intelecto de todo hombre, y que, por ello, nada tiene de irracional, en el sentido moderno de la palabra”⁵³.

c) «Verdad material» y «Prueba demostrativa». Consideraciones críticas

Los cambios de paradigma experimentados en la noción de «verdad» implican que aquélla prueba vieja «argumentativa o retórica» propia de la época medieval, de paso a la denominada «prueba demostrativa», en cuya configuración incidió fuertemente la metodología ramista del descubrimiento científico causando gran fascinación en la evolución de las ideas modernas del proceso y de la prueba hasta el siglo XVIII.

Las razones de ello se encuentran, ante todo, –como se decía– en la idea de la «verdad objetiva o material»: los hechos contingentes, también en la experiencia judicial pueden ser

⁵¹PATTI, Salvatore, “*Libero convincimento e valutazione delle prove*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1985, p. 488 s.

⁵²DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, op. cit. (n. 40), p. 1265 s.

⁵³IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), p. 83. Idénticas precisiones son expresadas por ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (1ª ed., Madrid, Trivium, 1989), p. 38 e ID., “*La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2*”, en *Revista del Poder Judicial*, N° 4, 1986, p. 42 s.

sometidos a verificación, tal como los hechos empíricos. La autonomía de la *quaestio facti* – ligada a un método probatorio neutral, peculiar de la lógica de la información– rompe la relación de contaminación entre hecho y derecho, a favor del primero”. Así, “la tradicional ecuación entre relevancia de la prueba y regla de exclusión (*articulus impertinens non est admittendus*) viene radicalmente interrumpida: el reconocimiento del hecho no puede ser subordinado a la función selectiva de la *quaestio iuris*”⁵⁴.

Con ello la denominada concepción retórica o argumentativa, que concibe a ésta como una actividad encaminada a convencer al juez de la ocurrencia de los hechos, pasa a ser sustituida por una concepción demostrativa de la prueba de acuerdo a los parámetros de toda investigación científica. Desde esta perspectiva, resulta relevante la figura de Jeremy Bentham –filósofo utilitarista contrario a las «reglas de exclusión de prueba» en el sistema anglosajón de la *Evidence*–, que se demostró más influyente en los sistemas continentales, que en los propios sistemas de *common law*⁵⁵. En efecto, si bien muchas características del nuevo sistema procesal penal francés superador del *ancien régime* fueron derivadas del modelo de *common law*, siguiendo la utopía del mínimo de las formas por el máximo de las garantías, “faltó tener en cuenta el hecho que en Inglaterra «la idea de libertad de valoración de la prueba (entregada a los jurados)» no había sido jamás separada de la idea de la «rígida selección del material probatorio (entregada al juez)». En otras palabras, y en lo que aquí interesa, se descuidó la demostración de la experiencia secular inglesa en orden a que no existe una relación de implicación necesaria entre el rechazo (o la superación) del régimen de prueba legal y la ausencia de una normativa dirigida a delimitar el elenco de pruebas admisibles o a disciplinar, en modo tendencialmente completo, las modalidades de adquisición de dichas pruebas”⁵⁶.

Por el contrario, ha tenido influencia una tendencia que busca confrontar los métodos cognoscitivos del juez con aquellos del historiador o del científico, planteando que la instrucción probatoria no es exhaustiva o autosuficiente, sino que debe emplear todos aquellos

⁵⁴ GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 552. Es pertinente hacer notar que, dentro de las ideas reformistas del *ancien régime*: “la distinción entre la *questio facti* y la *questio iuris* fue presentada como un corolario de la doctrina de separación de poderes, toda vez que parecía inaceptable que fuese atribuida a un mismo órgano tanto la facultad relativa al conocimiento del hecho como la de aplicación del derecho”, SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 52.

⁵⁵ AMODIO, Ennio, “*Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, op. cit. (n. 50), p. 5. “Desde una perspectiva comparada, es pertinente registrar una curiosa evolución en sentido opuesto entre cuanto sucede en Inglaterra y el resto del continente europeo. Mientras en la *common law* el jurado ha dado lugar al surgimiento de una compleja red de reglas probatorias bajo el nombre de *law of evidence*, en orden a prevenir posibles errores valorativos de los jueces no profesionales; al contrario, en Europa continental, la presencia de laicos en las cortes *d’assise* ha dado vida a la teoría de la *intime conviction*, la cual ha liberado a los jueces, laicos y togados, de todo límite legislativo en la valoración de la prueba”. Una síntesis de la influencia de quienes propendían la llamada «verdad objetiva» en el método probatorio, vid. GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), op. cit. (n. 54), p. 526 s., nota 21, y p. 565 ss. y 569 ss.

⁵⁶ SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 41. El autor agrega que teniendo en cuenta la evolución que a la época estaban teniendo las *Rules of evidence* en Inglaterra, “no parece azaroso sostener que una parcial explicación del hecho que en Francia la impostación dialéctica del proceso haya reproducido «únicamente las partes que dicen relación con la estructura del proceso (contradictorio, corte acusatorio, etc.) y no aquellas relativas a la lógica interna del juicio y a la concepción de la prueba» y que se deba a un análisis poco profundo del modelo que ha pretendido imitar”, p. 44.

instrumentos cognoscitivos que valen en otros ámbitos de investigación histórica, empírica o científica que, en conjugación con el deber de decidir *iuxta allegata et probata non secundum conscientiam*, no puede impedir al juez utilizar libremente todos los instrumentos que pertenezcan a la «experiencia común». De ahí entonces que se conciba que las normas en tema de instrucción probatoria deban ser excepcionales y establecidas únicamente en la medida que se fundamenten en exigencias éticas o morales que se consideren prevalentes a la búsqueda de la verdad (*rules of extrinsic policy*)⁵⁷.

Si bien UBERTIS es partidario de una «concepción humanista del derecho» en que “puedan confluír armoniosamente los aportes más fecundos de la cultura de nuestro tiempo”, señala que esta asimilación total de la prueba judicial a aquella científica, que impida el juego de otros valores, conlleva a resultados ya rechazados por la conciencia social y jurídica actual. Tal homologación, –por lo además– olvida que la probabilidad objetiva utilizada por el científico no sirve para verificar un hecho particular, sino que un hecho perteneciente a una clase particular»; en circunstancias que el juez –por el contrario– trata con «comportamientos humanos», puntuales e irrepetibles, que en su individualidad, no son reconducibles a una determinada clase, ni susceptibles de reaparecer a través del experimento». A lo que se suma una tercera cuestión, a saber: que el ámbito judicial no suele tratar directamente con «hechos», sino que con «enunciados factuales», con lo que resulta imposible «afirmar» la «verdad de hechos» (que no pueden probarse *a posteriori*); sino que –todo lo más– sólo se puede hablar de la verificación «de la verdad de una proposición»⁵⁸. De ahí que el citado autor califique la concepción «demostrativa» de la prueba como «ilusoria» y «engañoso», ya que en el proceso no vienen sometidos a verificación «hechos puros», sino únicamente afirmaciones probatorias, que como tales ya se encuentran inmersas en la red conceptual jurídica que las vuelve intersubjetivamente comprensibles y, por ende, ya cargadas de un cierto valor axiológico⁵⁹.

Como explica CAVALLONE, la impostación que se viene criticando presupone, implícitamente, que la disciplina jurídica de la prueba esté construida sólo: por una parte, tanto por normas que regulen directamente la obtención de informaciones útiles al juez como los límites y la forma de ejercicio de los poderes cognoscitivos del mismo; y por otra, por normas o principios de naturaleza no procesal, pero de carácter imperativo, capaces como tales de vincular al juez y a las partes del mismo modo en que vincularían a todo sujeto que, en cualquier contexto, deba «buscar la verdad», desconociendo que gran parte de aquello que delimita el conocimiento judicial y, que lo hace específico respecto de los restantes tipos de investigación, no son las normas sobre la prueba, sino que las normas sobre el procedimiento. Por tanto, a su juicio, “sostener que la prueba judicial deba ser sometida sólo a normas

⁵⁷ Interesante es destacar la resistencia desplegada por la doctrina filosófica italiana a estos nuevos planteamientos: intuyendo los riesgos conexos al ataque benthamiano contra los principios clásicos de la prueba (desde la carga de la prueba a las reglas de exclusión). “El desconocimiento de la especificidad de la prueba judicial habría terminado por ignorar los problemas relacionados a ella, incluso en un sentido débil, en los sistemas de prueba legal, emparentados con las doctrinas iusnaturalísticas”, en GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), op. cit. (n. 54), p. 572 s., para referencias bibliográficas *vid. notas* 260 ss.

⁵⁸ UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 89 ss.

⁵⁹ UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 134 s.

imperativas extraprocesales, y a las reglas que presiden a cualquier otra investigación racional y empírica, debiese implicar reconocer que no sólo se está impugnando las diversas posibles formas de legalidad de la prueba sino que, más radicalmente, está controvirtiendo el *processo* como lugar e instrumento de decisión (también) sobre el hecho”⁶⁰.

d) *Hacia un concepto de «prueba jurídica o institucionalizada» y simplemente «verdad»*

Dadas las críticas registradas en la síntesis histórica y filosófica esbozada se ha concluido que, “frente a la concepción retórica o argumentativa de la prueba, que concibe a ésta como una actividad encaminada a «convencer» al juez de la concurrencia de los hechos, es desde una perspectiva racional la concepción más adecuada (y no por casualidad la más extendida y acorde con las intuiciones de los hablantes”, que debe ir acompañada de un concepto de «prueba jurídica». Esta noción implica reconocer la función cognoscitiva del proceso, ajustando su actividad de averiguación de los hechos o de conocimiento de los [enunciados sobre] los hechos litigiosos o controvertidos, a la sede judicial, caracterizada justamente por su carácter *institucionalizado o jurídico*, a partir de reglas que inevitablemente condicionan la obtención del conocimiento, que según su función pueden ser de carácter epistemológico o ideológico⁶¹.

En el contexto actual, la doctrina italiana parece conteste⁶² en orden a que el procedimiento tiene por objeto la acreditación del hecho, o más bien su reconstrucción, en un

⁶⁰ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 948 ss. En el mismo sentido UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura de ID. (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1992), p. 8, “La concepción humanitaria del derecho, que postula la armoniosa confluencia en sede procesal de los más fértiles aportes de la cultura contemporánea, no puede no evidenciar cómo la asimilación de la prueba jurídica a la prueba científica (o mejor dicho, *vetero-positivista*) termine por excluir todo resultado dirigido a respetar los diversos valores en juego en el proceso, llegando por el contrario a resultados ya rechazados por la actual conciencia social y jurídica”.

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en *Serie Estado de Derecho y función judicial* (1ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 1ª reimp. 2011), p. 48 s. En el mismo sentido, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 29, nota 25 señala que: “a pesar de que la doctrina procesalista española clásica (...) ha[ya] destacado las concomitancias entre la labor del juez y la del historiador en la medida en que ambos reconstruirían hechos del pasado, el segundo, al igual que el investigador científico y a diferencia del juez, puede investigar y/o formar convicción libremente (no en el sentido de que pueda hacerlo de modo caprichoso, arbitrario o irrazonable, sino en el sentido de que no se halla vinculado por prohibiciones a la hora de reconstruir)”.

⁶² A modo ejemplar, *vid.*: AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, p. 323; DE LUCA, Giuseppe, “*La cultura della prova e il nuovo processo penale*”, en *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura de M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata y A.M. Stile, vol. II, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1988), p. 210 s.; NOBILI, Massimo, sub art. 187, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 389 ss.; UBERTIS, Giulio, “*Processo penale ed epistemologia giudiziaria*”, op. cit. (n. 39), p. 128 s.; UBERTIS, Giulio, “*La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*”, op. cit. (n. 40), *passim*, p. 133-150; CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 951 y 973; CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1768; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 1 ss.; UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*,

sentido normativo, esto es, como una cuestión diversa a la verdad material extraprocésal, que se requiere como fundamento para la determinación de la ley sustancial aplicable a los hechos objeto de la controversia. Del mismo modo, se advierte consenso en cuanto a que tal reconstrucción “*non può compiersi con qualsiasi mezzo discrezionalmente ritenuto utile dall’organo giudicante*”⁶³ como acaecía en la búsqueda de la verdad material o histórica – propia de la lógica inquisitiva⁶⁴ –, sino que la misma debería efectuarse con observancia del principio de legalidad que rige el proceso.

En este sentido, TARUFFO va más allá al considerar que las distinciones que se han elaborado respecto del concepto de «verdad» resultan inútiles, y que las argumentaciones en torno al concepto de verdad «formal» y «real» resultan falaces. Ello por cuanto no existen varias especies de verdad según si nos encontramos dentro o fuera del proceso. La verdad de los enunciados sobre los hechos del caso depende de la realidad de estos hechos, y ello ocurre tanto en el proceso como fuera de él. Por otro lado, si alguien pensara que fuera del proceso se establecen verdades absolutas que en el proceso no resultarían cognoscibles, debido a la existencia de reglas de admisión, práctica, y valoración de las pruebas, que pueden limitar o condicionar la búsqueda de la verdad de varias formas, ello no implica que determinen el descubrimiento de una verdad diferente de la que se podría descubrir fuera del proceso. Estas producen sólo un déficit en la determinación de la verdad que tiene lugar en el proceso, al impedir, por ejemplo, la adquisición de pruebas relevantes o la determinación de hechos cuyo

op. cit. (n. 41), p. 93; UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 1 ss.; PIZZI, Claudio, “*Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura de Giulio Ubertis (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1992), p. 195-214. Por el uso de la expresión «verdad judicial», vid. ILLUMINATI, Giulio, “*Il nuovo dibattito: l’assunzione diretta delle prove*”, en *Foro italiano*, 1988, V, *passim*, c. 365 s.; UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 125 s.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, fasc. 1, p. 130 s.

⁶³ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1768. Resulta interesante destacar que de todos modos la jurisprudencia frecuentemente recurre a una noción de verdad sustancial, a título ejemplar: SCP, Sec. II, 14 junio 2006, n. 3625, Scchitino, en CED n. 235811; SCP, Sec III, 20 mayo 2008, n. 27068; y, en el contexto español, ATS 3773/1992, en recurso 610/1990, de fecha 18 de junio de 1992, ponente Enrique Ruiz Vadillo, en el conocido como «caso Naseiro», “no se puede obtener la verdad real a cualquier precio”; y STS 135/1995, de 29 de septiembre de 1995, ponente Francisco Soto Nieto, f.j. 1º, “la búsqueda de la verdad no puede realizarse a costa de vulnerar derechos fundamentales”.

⁶⁴ Con todo, la sustitución de la búsqueda de la «verdad material» por un «método probatorio judicial», ya encontraba reconocimiento doctrinal bajo la estructura inquisitoria del derogado c.p.p.i. Vid. PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1959), p. 25 y ss. Advierte la diferencia entre verdad material y formal, mostrándose partidario del uso del término «verdad procesal» en lugar de «verdad formal» por expresar de mejor manera su sentido, cual es, consistir en un método idóneo para el establecimiento de los hechos a partir de las previsiones legislativas que preordenan el proceso; UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, en *Rivista Penale*, 1975, p. 705; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n. 14), p. 521 s.; MELCHIONDA, Achille, “*Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*”, op. cit. (n. 5), p. 133. Una descripción general del carácter tendencialmente acusatorio del procedimiento penal italiano en comparación al de corte americano vid., AMODIO, Ennio, “*Il diritto delle prove penali nel pensiero di Mirjan Damaška*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 10-15. Sobre la relevancia de la experiencia anglo-americana en materia de *exclusionary rule* ver también COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1972, fasc. 4, p. 593.

conocimiento es importante para la decisión. Sin embargo, a su juicio, este déficit no implica que exista una «verdad procesal»: sólo implica que en un proceso en que rigen normas que limitan la posibilidad de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada e incompleta, o –en los casos más graves– que no se determine ninguna verdad. El problema no se refiere entonces a la verdad, sino a los límites dentro de los cuales la regulación del proceso permite que sea determinada⁶⁵.

“En efecto, no se advierte cómo la ley pueda disciplinar, en cualquier aspecto, la formación procesal del juicio del hecho, sin con ello limitar o perjudicar los resultados de la «verdad» (sea cual sean sus parámetros) perseguibles con una investigación libre, sustraída de todo condicionamiento normativo”⁶⁶; que, por lo demás, históricamente no ha existido en ninguna sociedad, salvo quizás la romana en tiempos ciceronianos⁶⁷.

Sobre el sistema de obstáculos en la reconstrucción del hecho, se entiende que bajo el alero de la ley deben aunarse tanto límites epistemológicos que aseguren una coincidencia tendencial entre verdad procesal⁶⁸ e histórica; como límites éticos, puestos a tutela de los valores de la persona humana, todos los cuales estarán dirigidos a indicar los confines donde ya no es posible andar en el intento de obtener la verdad histórica. Es precisamente a partir de tales límites que surgen las reglas de exclusión de pruebas dispuestas para tutelar la calidad cognoscitiva del resultado probatorio y aquellas puestas en protección de derechos

⁶⁵ TARUFFO, Michele, *Simplyente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2010), trad. Daniela Accatino Scagliotti, p. 100 s.; revisar también TARUFFO, Michele, “*Note per una riforma del diritto delle prove*”, op. cit. (n. 11), p. 237-292. En los mismos términos: CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 9 ss. Para una síntesis de las teorías irracionalistas sobre el concepto de «verdad», vid. TARUFFO, Michele, *La prueba* (1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008), p. 25 ss. que ofrece también una selección de referencias bibliográficas anglosajonas.

⁶⁶ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 948.

⁶⁷ LÉVY, J.P., *L'évolution de la preuve des origines à nos jours. Synthèse générale*, en *Recueils de la Société Jean Bodin, XVII (La preuve, II, Moyen âge et temps modernes)*, Bruxelles, 1965, p. 33, citado en UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 16, nota 65. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 51. Según SABATINI, “es obvio que en el marco del método de la prueba libre no puede prescindirse del todo de una disciplina legal, sin que pueda sostenerse que «un mínimo límite a la actividad de investigación del juez pueda ser suficiente para que el proceso de búsqueda de la realidad degenera en un proceso formal de fijación»”, SABATINI, Giuseppe, voce “*Prova*” (*dir. proc. pen. e dir. proc. pen. militare*), en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1967), vol. XIV, p. 301, véase también p. 315 s. “Con todo, existe un límite general tácito que, como hemos visto, encuentra sustento no sólo en la Constitución y en la Declaración universal de los derechos del hombre, sino que aún más generalmente en la ley moral y en la consciencia pública”. DENTI, por su parte, señala que: “no parece haberse eliminado totalmente la exigencia de una predeterminación normativa de los límites de elección, por parte del juez, de las técnicas de investigación y de valoración de la prueba: en otras palabras, aquello que ha sido definido como «metodología legal» sigue siendo una exigencia intrínseca de todo ordenamiento procesal, prospectándose en modo diverso según los distintos momentos históricos y de acuerdo a los diferentes ámbitos sociales así como en atención a la posición que se otorgue al juez en cada ordenamiento”, DENTI, Vittorio, “*L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 33 s.

⁶⁸ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 2. Define «verdad procesal», como una expresión que, en términos generales, trasciende modelos procesales y climas culturales, aludiendo en modo descriptivo a aquella reconstrucción que es posible efectuar en base a las reglas probatorias y de juicio que operan en el proceso penal.

fundamentales de las personas que imponen renunciar a determinados datos cognoscitivos, con prescindencia de su idoneidad para producir resultados atendibles⁶⁹.

Ambos aspectos, permiten advertir un doble fundamento de las reglas (probatorias) de exclusión de prueba: uno político (o sustancial), a fin de tutelar determinados derechos potencialmente afectados por el proceso, y uno epistemológico (o procesal), esto es, prescribir un procedimiento probatorio apto para descubrir la verdad, con el objeto de guiar al juez en la reconstrucción de la misma, permitiendo ambas categorías la justicia de la decisión⁷⁰, que – en materia penal, además–, permite garantizar con ello una persecución eficaz, conjugando la protección de la función de la defensa, la acusación y la decisión⁷¹.

2. Fundamento político y epistemológico. Clasificación de las reglas de exclusión probatoria según su función

Hechas las precisiones anteriores, se distinguen dos grandes categorías de regla de exclusión de prueba, que de acuerdo a la función que se le atribuya, se clasifican en reglas de exclusión éticas y reglas de exclusión epistémicas⁷².

⁶⁹ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 5 s.

⁷⁰ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1769 ss.

⁷¹ UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 64), p. 705 s. “Las normas sobre la prueba, por tanto, no sólo tienen la función de «normas de garantías para las partes interesadas» [...], ya que, entre su finalidades, también se encuentra, «por ejemplo, aquella consistente en prescribir un procedimiento probatorio apto para descubrir la verdad, y en general el garantizar también una persecución eficaz, además de una adecuada función defensiva, de acusación y de decisión», contribuyendo en modo determinante al alcance de aquella que puede ser definida como «verdad jurídica»”.

⁷² TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. (n. 65), p. 167; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 54 ss.; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 11 ss. y 20 ss., donde señala que las prohibiciones establecidas a tutela de la acreditación tienen una naturaleza objetiva, mientras que las prohibiciones dispuestas en protección de derechos fundamentales del individuo tienen una naturaleza subjetiva y que ambos componentes pueden concurrir en la determinación de una regla de exclusión de prueba, comprendiéndose incluso intereses supraindividuales, tales como el secreto de Estado; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 102; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 139 s.; BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 384. Se trata de prueba que ha sido adquirida *contra legem*, comprendiendo tanto la prueba expresamente prohibida como aquella cuya formación o adquisición se ha efectuado con infracción de derechos constitucionalmente tutelados; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 536. se trataría de una prohibición que tiene la función de proteger intereses externos al proceso (como derechos inviolables) o de eliminar medios de prueba de naturaleza inatendible. UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 31. Distingue reglas que se fundamentan en exigencias de carácter político (o sustancial) y aquellas que se basan en exigencias epistemológicas (o procesales); AMODIO, Ennio, “*Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 375; Tales categorías son muy similares también con la clasificación de las prohibiciones probatorias ofrecida por GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche* (Torino, Utet, 1993), vol. VII, p. 248. El citado autor, sobre la base del criterio del interés involucrado en cada previsión normativa, y con el objeto de evitar una excesiva dilatación del instituto, identifica “tres clases de prohibiciones que darían lugar a la inutilizabilidad: en primer lugar, las prohibiciones dirigidas a proteger los derechos fundamentales de la persona (por ejemplo: arts. 62, 63, 64 inc. 2º, 188 c.p.p.); prohibiciones dictadas en razón del *thema probandum* (arts. 194, 202, 234, y 240 c.p.p.), entre las cuales se encuentra, en particular, la prohibición de disponer la pericia criminológica de acuerdo a

a) *Reglas de exclusión epistémicas*

Las reglas de exclusión epistémicas, apuntan a la atendibilidad de la prueba y, por ende, se fundan en la lógica de la investigación. Se trata de límites epistemológicos tendientes a asegurar la coincidencia entre verdad procesal y verdad histórica, y por ende dispuestas en tutela de la cualidad cognitiva del resultado probatorio⁷³. De este modo se alude a aquellas normas que pretenden cumplir, de forma exclusiva o no, una función epistémica, esto es, dirigidas a prevenir o a evitar errores o malentendidos en la determinación del valor probatorio de ciertas pruebas por parte del sujeto o del órgano que debe formular la decisión final acerca de los hechos.

Así, TONINI/CONTI, por su parte, refiriéndose al proceso penal, explican que cuando se trata de violaciones que pueden repercutir sobre la atendibilidad del elemento, parece posible advertir en la jurisprudencia italiana la tendencia a trasladar la protección del interés tutelado al momento de la valoración, supliendo las carencias verificadas durante su asunción. Otro razonamiento similar va más allá de sobreponer dos diversas fases del procedimiento (asunción y valoración), e incluso parece efectuar una completa inversión metodológica. Al respecto señalan que: “las reglas puestas a tutela de la atendibilidad sirven precisamente para evitar que el juez tenga conocimiento de un elemento cuya idoneidad probatoria no se encuentre «acreditada» *ex ante* por la *lex probatoria*. Por tanto, confiar en que la misma sea mejorada a través de la tutela ejercida por el juez al momento de la valoración significa ponerlo en conocimiento de un elemento cuyo empleo le era impedido por ley. De este modo, las reglas de exclusión terminan por desnaturalizarse convirtiéndose en un mecanismo, de tinte inquisitorio, en base al cual el libre convencimiento deviene en un *passepourtout* idóneo a superar todo límite”⁷⁴.

lo establecido en el art. 200 c.p.p. y las prohibiciones previstas en favor de determinadas personas cuando éstas actúan en determinadas situaciones subjetivas, como por ejemplo, los detentadores de un secreto calificado (arts. 197, 199, 200, 201 c.p.p.). Luego, a juicio del autor, deben analizarse las prescripciones referidas al *quomodo* de la operación probatoria, distinguiendo: por una parte, las normas previstas en garantía del método adquisitivo y que se traducen en inutilizabilidad; las normas que no describen la figura mínima de la hipótesis procedimental y que, en cambio, comportan una mera irregularidad, sin perjuicio de las responsabilidades penales o disciplinarias que correspondan (art. 124 c.p.p.), cuya eventual transgresión no hace venir menos la identidad de la prueba”. AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), p. 326 y 329; NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 470.

⁷³CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 11.

⁷⁴TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 102 s. Es pertinente además reproducir la siguiente observación: “(...) las tendencias conservadoras de la jurisprudencia no sólo emergen en materia de individualización de prohibiciones probatorias en relación con la inutilizabilidad general; similares movimientos también se han manifestado en relación a la inutilizabilidad especial, con problemas incluso mayores en lo que respecta al respeto del principio de taxatividad”.

b) Reglas de exclusión éticas

Las reglas de exclusión éticas, por su parte, apuntan a la tutela de intereses extraprocesales, cuales son los derechos fundamentales involucrados en la adquisición de la prueba que no comprometen el valor probatorio del dato individuado, y que por ende, son reconocidos con independencia del proceso.

Ahora bien, me parece que resulta más acertado contraponer las denominadas «reglas de exclusión epistémicas» a una segunda categoría denominada «reglas de exclusión extraepistémicas», toda vez que es posible identificar limitaciones que no apuntan exclusivamente al fundamento ético consistente en la protección de derechos fundamentales.

En efecto, de un lado, existen «limitaciones» (no relacionadas a las reglas de exclusión) que obedecen a un fin «práctico» relacionado con el objetivo primario del proceso como instrumento para la resolución de un conflicto, donde el conocimiento del pasado es sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar para resolver tal conflicto. Se trata de las limitaciones procesales que apuntan a la obtención de una «certeza oficial» en el entendido de que la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente, y que se relaciona con toda la regulación de las preclusiones y la cosa juzgada⁷⁵.

Luego, dentro de aquellos «valores ideológicos» que sí están puestos a la base de las limitaciones representadas por la existencia de reglas de exclusión, no se halla únicamente la tutela de derechos fundamentales. Entre los valores extraprocesales que se consideran relevantes a estos efectos, se encuentra el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales, y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas. “La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas por tanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad”. Ello explica que en este caso sea posible identificar reglas de exclusión que apunten a la tutela del «secreto de Estado» como modo de garantizar la «seguridad del Estado»; o reglas que excluyan o dispensen el deber de

⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, op. cit. (n. 61), p. 52; FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, en *Serie Estado de Derecho y función judicial* (1ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2011), p. 4 ss. “En particular, puede considerarse que esas especificidades [se refiere a la verdad judicial] provienen principalmente de tres tipos de limitaciones que no existen en otros ámbitos de la experiencia, como las ciencias. Dichas limitaciones son, en primer lugar, las que impone el propio proceso en cuanto tal; en segundo lugar, la institución de la cosa juzgada, y, finalmente, las impuestas por las reglas sobre la prueba”. En lo que respecta a estas últimas distingue entre: “reglas sobre la actividad probatoria, sobre los medios probatorios y sobre el resultado probatorio”. Conviene tener presente que en Italia, la «inadmisibilidad» y la «decadencia» (que en realidad es una causa de inadmisibilidad), son reguladas como causas de invalidez diversas de la inutilizabilidad. Mientras la nulidad es la principal especie de invalidez, relativa a todo tipo de acto procesal, sea de las partes o del juez; la inadmisibilidad, constituye una invalidez propia de las solicitudes de las partes cuando las mismas carecen de determinados requisitos, diversa de la inutilizabilidad que es una invalidez propia de las pruebas, NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 178 s.

declarar por razones de parentesco o de específicas relaciones profesionales. En esta constelación de ideas se ubica entonces la prohibición de admitir y valorar prueba ilícitamente obtenida y el especial fin ético de propender a la tutela de derechos fundamentales⁷⁶.

Es decir, esta segunda categoría comprende las normas de exclusión que no tienen una finalidad epistémica, ya que no pretenden favorecer el descubrimiento de la verdad sino que están dirigidas a alcanzar fines de otra naturaleza, más o menos valiosos según los casos, que nada tienen que ver con la correcta determinación de los hechos. Obedecen a la premisa de que la verdad procesal no es éticamente neutra, de modo que estas normas imponen renunciar a determinados datos cognoscitivos, con prescindencia de la idoneidad de tales instrumentos para producir resultados atendibles⁷⁷.

En consecuencia, estas normas condicionan directamente la determinación de los hechos, en la medida en que limitan o impiden de varias formas la aportación de pruebas relevantes y tienen, por consiguiente, una clara incidencia negativa desde la perspectiva de la función epistémica del proceso. De todos modos, y continuando con la *ratio* de la función prevalente llamada a justificar la existencia de la regla de exclusión, TARUFFO indica expresamente que “esta condición se verifica cuando la regla de exclusión mira a tutelar derechos fundamentales, como en el caso de la protección de secretos o de exclusión de prueba ilícita”⁷⁸.

Según TONINI/CONTI, con esta tipología frecuentemente ocurre que entre más grave ha sido la comprensión de las instancias personalísimas, más útil y significativo es el dato obtenido (sobre todo en el área de las adquisiciones lesivas de derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc.). Por ende, resulta evidente que al momento de establecer la existencia o no de una prohibición probatoria, aparezcan las comprensibles «tentaciones» conservadoras animadas por el deseo de no excluir elementos que podrían ser determinantes para la acreditación de los hechos⁷⁹.

A esta clasificación general obedece el hecho que en el sistema italiano, según cual sea el interés preponderante de la regla de exclusión, distinga entre inutilizabilidad (patológica o fisiológica) en sentido objetivo o subjetivo, esto es, según si se trata de prohibiciones que apuntan a la tutela de la acreditación y por ende a la atendibilidad de la prueba desde un punto de vista heurístico, o bien de prohibiciones destinadas a tutelar derechos fundamentales del individuo, no debiendo olvidarse eso sí, que estas funciones pueden coexistir en la formulación de una u otra regla⁸⁰. Como acertadamente anota GASCÓN ABELLÁN ejemplo de “algunas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico”, son el caso del escrito anónimo o del testimonio de referencia; sin embargo, el ejemplo más claro de esta «coexistencia de funciones» sea tal vez la prohibición de la tortura, “pues, aunque se enderece directamente a

⁷⁶GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, op. cit. (n. 61), p. 53 s.

⁷⁷CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 11.

⁷⁸TARUFFO, Michele, “Note per una riforma del diritto delle prove”, op. cit. (n. 11), p. 261.

⁷⁹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 102.

⁸⁰CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 20.

garantizar la vida e integridad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad «torcida»⁸¹.

III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba ilícita: Enfoques argumentativos tradicionales

1. Posición preferente de los derechos fundamentales y «efecto disuasorio» de la «*exclusionary rule*» en el contexto estadounidense

El surgimiento de la cuestión general de la «*exclusionary rule*» suele ubicarse en Estados Unidos a propósito de la discusión sobre si una prueba, incluso decisiva, de la culpabilidad del imputado debía ser admitida, no obstante la ilegitimidad de los actos que habían llevado a su obtención, o si, al contrario, la esfera de libertad del ciudadano, aunque culpable, debía ser de todas maneras respetada por los órganos establecidos en tutela de la ley; en modo de atribuir un valor prioritario al interés público por la represión de los delitos, o bien, al interés, igualmente público, de la tutela de la libertad de cada uno en contra de invasiones injustificadas por parte de los poderes públicos⁸².

Suele indicarse que en EE.UU la exclusión de las pruebas ilegales (*improper obtained evidence*) no obedece al objeto de garantizar la atendibilidad de los elementos obtenidos (*intrinsic policy*); sino que con la finalidad de tutelar intereses violados con la adquisición de la prueba (*extrinsic policy*). Sin embargo, para ser más precisos, un acercamiento histórico sugiere apreciar que –en realidad– no nace en directa relación con la vulneración de un derecho o garantía fundamental, sino que la protección del interés violado apuntaba a un asunto bien concreto: las modalidades de obtención de prueba a través de comportamientos eventualmente constitutivos de delitos, en particular respecto de la propiedad⁸³. En este sentido, la tutela frente a la infracción de un derecho o garantía fundamental, surge en su evolución sólo a

⁸¹GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, op. cit. (n. 61), p. 52.

⁸²VIGORITI, Vincenzo, “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di diritto processuale*, 1968, p. 66. Para un análisis de la evolución del tema en el *commonwealth*, vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9, 1996, p. 59 ss.

⁸³Vid. RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 3 (primer semestre), 1999, p. 329: “Pues bien, en los Estados Unidos, el derecho contra registros y embargos irrazonables reconocido en la Cuarta Enmienda fue interpretado hasta mediados de este siglo como un derecho instrumental de la propiedad. Mientras así era, la prohibición de utilizar en juicio la prueba obtenida como resultado de una violación de dicha Enmienda se justificó con relativa facilidad sobre la base de la obligación judicial de poner fin a las violaciones continuas, en este caso de poner fin a la apropiación ilegítima de propiedad privada mediante su restitución a su titular. Los problemas surgen cuando empieza a entenderse que la Cuarta Enmienda está al servicio del derecho a la intimidad, y ello habida cuenta de la imposibilidad de restituir a los titulares de este derecho en su ejercicio. De ahí las dificultades de la CS para justificar la regla de exclusión en este nuevo contexto, y su tendencia a considerarla, no como un remedio contra la violación de la intimidad, sino como un modo de prevenir, desincentivándolas, posibles violaciones futuras. Lo cual ha terminado por someter la regla de la exclusión a consideraciones de oportunidad político-jurídica, las cuales suelen conducir a una valoración negativa de la conveniencia de aplicarla”.

continuación, para justificar el por qué la prueba obtenida mediante un hecho delictivo no debía ser admitida ni valorada.

En efecto, es en este contexto donde el juez “Benjamín Natham Cardozo defendió la posición tradicional a partir de la cual, cuando se acredita la autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deben castigarse ambos ilícitos: el crimen descubierto y la obtención de la prueba, de otra manera un delincuente podía quedar libre por el error policial [*The people vs. Defoe*, 242 N.Y. 413 (1926)]”⁸⁴. En otras palabras, “el juez Cardozo consideraba que la prueba obtenida ilícitamente debía ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado”⁸⁵. Por el contrario, el juez Holmes entendía que la única sanción real y eficaz para impedir los abusos en la obtención de pruebas consistía en establecer la no admisibilidad en juicio de la prueba ilegalmente obtenida. De esta manera, la policía y los particulares no intentarían obtener ilícitamente la prueba, pues sabrían que no tendría eficacia alguna en juicio”⁸⁶.

Sólo en lo sucesivo, esto es, en la jurisprudencia angloamericana del siglo XIX y XX, es que se manifiesta la tendencia de configurar una pluralidad de excepciones al principio general de la admisibilidad de la prueba intrínsecamente relevante⁸⁷; justificando la exclusión de tal prueba en virtud de un doble razonamiento: uno sobre el plano constitucional y otro sobre el plano argumentativo, donde se advierten razones de *public* o *extrinsic policy*.

Como explica COMOGLIO, en primer término se ubica aquella justificación que desde el punto de vista argumentativo comprende el llamado efecto disuasivo (*deterrent effect*) y la integridad judicial (*judicial integrity*). “Se trata de dos diferentes *policy justifications* para las reglas de exclusión, según la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal: a) desde un punto de vista práctico, el posible *deterrence* para las fuerzas de policía, federales o estatales, para desalentar a los poderes públicos de recurrir a irracionales interferencias en la *privacy* individual⁸⁸; b) desde un punto de vista jurídico, si la autoridad judicial convalida el ilícito extrajudicialmente cometido, ello representaría una renovada y definitiva violación de las

⁸⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 31.

⁸⁵ Idéntica posición es sostenida en España por DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 139 s.

⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 85.

⁸⁷ La historia evolutiva de la jurisprudencia norteamericana puede consultarse en la sentencia de la CS de fecha 7 de junio de 1965, *Linkletter v. Walker*, publicada en *Foro italiano*, 1967, IV, c. 38. En doctrina en español, una breve síntesis desde la perspectiva del efecto reflejo puede revisarse en VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “*Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de futuro*”, en A.A.V.V., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales* (1ª edición, Madrid, CGPJ, 1996), p. 427 a 445.

⁸⁸ Para referencias doctrinales sobre la relación entre principios de la IV Enmienda y la protección de la *privacy* individual, consultar nota n. 19 de COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, op. cit. (n. 64), p. 596.

garantías individuales”⁸⁹, donde “el Estado a través de los jueces quebrantaría asimismo el Derecho equiparándose al delincuente a quien juzga”⁹⁰.

De este modo, la dimensión constitucional obedece a la necesidad de satisfacer una exigencia de teorización abstracta, en atención a que la génesis de distintas *exclusionary rules* se había deducido de los principios de la IV Enmienda (derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables), V Enmienda (derecho a no declarar contra sí mismo), VI Enmienda (derecho a estar asistido de letrado) y XIV Enmienda de la Constitución (derecho al debido proceso)⁹¹⁻⁹².

No obstante, si bien es cierto que en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU (caso *Boyd v. United States*, 116 US 616, 1886; y *Weeks v. United States*, 232 US 383, 1914, luego extendidas a nivel de policía estatal en *Elkins v. United States*, 364 US 206, 1960 y a nivel de ordenamiento estatal en *Wolf v. Colorado*, 338 US 42-44, 1949 y más radicalmente en *Rochin v. California* 342 US 165, 1952, y en *Mapp v. Ohio*, 367 US 643, 1961), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que existiese causa probable y las autoincriminaciones

⁸⁹COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, op. cit. (n. 64), p. 590 s.

⁹⁰ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 27.

⁹¹COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, op. cit. (n. 64), p. 590.

⁹²LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 96 a 98. “Las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos forman la llamada *Bill of Rights*, fueron propuestas en 1789 y sancionadas en 810 días. La enmienda XIV fue propuesta en 1866 y sancionada en 768 días. La IV enmienda prescribe que «el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, casas, papeles y efectos, contra registros, arrestos y embargos irracionales, no será violado; no se librá al respecto ningún mandamiento sin motivo justificado, apoyado por juramento o declaración formal y sin descripción minuciosa del lugar a allanar y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas» (...) La enmienda V declara que «ninguna persona estará obligada a responder por un delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, excepto en los casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, estando en servicio activo, en tiempo de guerra o de peligro público; nadie será sometido, por el mismo delito dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro; nadie será obligado, en juicio criminal, a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal; la propiedad privada no podrá expropiarse para fines de utilidad pública, sin justa indemnización». Múltiples cuestiones contiene esta enmienda, tales como la necesidad de acusación, la cosa juzgada, el *habeas corpus*, el derecho a negarse a declarar contra sí mismo –que incluye o se aplica no sólo al acusado, sino también al testigo, al que puede ofrecérsele inmunidad o indulto– y la necesidad del debido procedimiento legal, que enlaza con la enmienda XIV (...) Además, la protección de las garantías de la enmienda, no sólo se extiende a las actuaciones en sede judicial sino también a los interrogatorios policiales. La enmienda VI ordena que «en todas las causas criminales el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado y distrito en que se haya cometido el delito, el cual será previamente delimitado por ley; a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a ser careado con los testigos que declaren en su contra; a que se obligue a declarar a los testigos que le favorezcan; y a disponer de la asistencia de letrado para su defensa» (...) La enmienda XIV, Sec. I, establece que «todas las personas nacidas o naturalizadas en los EEUU y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los EEUU y el Estado en que residen. Ningún Estado dictará ni aplicará leyes que restrinjan los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los EEUU; ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal; ni denegará dentro de su jurisdicción, a persona alguna la igual protección de las leyes».

involuntarias⁹³; con el transcurso de los años la CS Federal norteamericana estableció que su verdadero y único «fundamento» era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas. Es decir, se decantó en términos exclusivos por el llamado *deterrent effect*, que aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976), abandonando el denominado criterio de «*judicial integrity*». En esta última sentencia se declara que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas» y más adelante añade que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada⁹⁴.

En definitiva, si bien la jurisprudencia y la doctrina americanas hacen descender directamente de la IV Enmienda Constitucional una prohibición de utilización en juicio de los elementos de *real evidence* obtenidos en modo ilícito, “tal prohibición encierra más bien una transposición procesal de un ulterior, aunque no menos esencial, aspecto preceptivo de la norma constitucional. Según la más moderna doctrina, ésta no presentaría propiamente el carácter de una *exclusionary rule* con la que se pretenda «punir», sobre un plano procesal, el ilícito sustancial de las autoridades persecutoras, sino más bien un verdadero *privilege* – término, este último, con el cual se indica una situación subjetiva de naturaleza activa, a cuyo ejercicio se subordina la concreción misma de la libertad objeto de protección constitucional, que corresponde al titular del derecho fundamental leso”⁹⁵. Es decir, más que apreciar la consagración de un derecho individual, se identifican restricciones a la autoridad de los agentes públicos sobre los ciudadanos, cuyo cumplimiento, por ende, supone el debido respeto de tales derechos individuales⁹⁶.

Se trata de aquella lectura que considera a la regla de exclusión como un remedio a un error cometido respecto de una persona: dado que ninguna tutela legal puede anular la lesión perpetrada sobre un derecho individual, lo único que puede intentarse es evitar una agravación de dicha lesión a través de la inutilizabilidad de la prueba obtenida con tal violación. Como explica CAMPANER MUÑOZ, en Estados Unidos, “la mentada regla se concibe como una garantía procesal de los derechos fundamentales sustantivos de sus ciudadanos destinada a un fin muy concreto y sin cuya consecución no halla su sentido: la prevención de los abusos por parte de los agentes encargados de la investigación criminal (*deterrence effect*)”⁹⁷.

⁹³ Para consultar la ampliación del alcance que la CS otorgó a la regla enunciada en *Weeks v. United States*, vid. SCAPARONE, Metello, “*Le indagini di polizia negli Stati Uniti d’America*”, op. cit. (n. 807), p. 298-301.

⁹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 22, mayo 2010, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>, p. 134.

⁹⁵ VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 65 s.

⁹⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 27.

⁹⁷ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (1ª ed., Navarra, Aranzadi, 2015), p. 167.

Luego, identificar su fundamento en el «efecto disuasorio» conduce a atribuirle un carácter instrumental o subordinado: la regla de exclusión “no es en sí misma una exigencia constitucional, sino una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policiales contrarias a los derechos de las enmiendas constitucionales. La determinación de la naturaleza constitucional de la regla de exclusión se produce en *U.S. v. Calandra* [414 U.S. 338]: «la regla no es un derecho constitucional de la parte agraviada, sino un remedio judicial creado para salvaguardar los derechos de la cuarta enmienda a través de su efecto preventivo»⁹⁸.

Así, y bajo el entendido que la IV Enmienda constituía una prohibición dirigida exclusivamente a la actividad de los poderes públicos, la jurisprudencia americana ha descartado su aplicación a las hipótesis en que era un privado quien cometía un delito para asegurar la prueba de otro⁹⁹; e igualmente ha descartado identificar una exigencia de exclusión en los casos de abusos cometidos por funcionarios policiales extranjeros, cuando se trata de funcionarios de otros países que actúan como colaboradores o bajo la dirección de funcionarios norteamericanos¹⁰⁰. Se estimaba que respecto de este último accionar, el ciudadano se encontraba debidamente protegido por las normas penales, manteniéndose la punibilidad de su autor por un lado y, utilizándose tal prueba por el otro. Por lo mismo, los únicos casos de prueba ilícita obtenida por privados, que debían entenderse excluidas del proceso, serían aquellos en que el privado había actuado promovido o incitado por la autoridad pública¹⁰¹.

Según CONTI, esta teoría presenta una doble ventaja. En primer lugar, reconduce la cuestión de la *exclusionary rule* al conflicto entre individuo y autoridad, de modo que la adquisición ilegítima de la autoridad que afecta un derecho individual debe ser sancionada a través de la extromisión del dato espureo del proceso. La segunda ventaja, es que tal teoría impondría un *equilibrio* entre los intereses en conflicto: de una parte, el interés del individuo cuyo derecho ha sido violado; y de otra, el interés «procesal» en la acreditación de los hechos¹⁰².

De cuanto dicho *supra* con palabras ajenas, concluyamos sintéticamente –en palabras también prestadas– que: “se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la CS de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (*evidence*) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales

⁹⁸DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 77.

⁹⁹“En coherencia con dicho fundamento el Tribunal Supremo Federal norteamericano ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando las pruebas se obtengan por particulares (caso *Burdeau v. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US, 259, 1990, que no aplicó la *exclusionary rule* al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México) o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe (*good faith exception*)”, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), 134 s.

¹⁰⁰FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegitimamente obtenida*”, op. cit. (n. 82), p. 138.

¹⁰¹VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 67 s.

¹⁰²CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 345 s.

reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado (...) [que] solamente es aplicable al proceso penal, no siéndolo en cambio en los procesos civiles o administrativos de deportación, ni en procedimientos sancionatorios civiles en materia de impuestos”, ni en casos de Juicios del Jurado y las vistas para la revocación de la libertad condicional¹⁰³.

Aclárese eso sí que todo cuanto dicho está aludiendo a la configuración de prueba ilícita como especial tipo de «prueba prohibida», esto es, aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales en cuanto regla de exclusión subordinada, ya que el sistema norteamericano sí contiene una detallada regulación de reglas de exclusión analíticas, aplicables también en sede civil, cuya razón específica puede recaer en factores muy diversos. “Unas veces tienen que ver con la posición particular de las personas involucradas, otras atañen a la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de medios de prueba específicos y en otras su objetivo es evitar actividades procesales inútiles”¹⁰⁴.

En todo caso, sobre la circunscripción de la cuestión de la prueba ilícita exclusivamente al ámbito penal, VIGORITI critica que la única excepción se encuentre representada por los procedimientos tributarios (de competencia civil), en que las pruebas ilícitas obtenidas por agentes públicos han sido excluidas en base a los precedentes existentes en materia penal. A juicio del autor tal conclusión sería incoherente ya que “si los individuos son constitucionalmente protegidos de la actividad ilegítima de los poderes públicos, no se entiende por qué cambiar, sin motivo, desde un plano subjetivo a uno objetivo, en modo que en el proceso civil sean admitidas las pruebas obtenidas con medios ilícitos de funcionarios públicos, sólo en base a que en esta sede se discute en torno a intereses meramente privados”. Explica que si la tutela del ciudadano respecto del poder de la autoridad se hace descender de la IV Enmienda, la prueba obtenida por esta última en modo ilícito también debería ser excluida en sede civil. La prohibición dice relación con su conexión «subjetiva» con el autor del acto ilícito del cual se obtiene la prueba y no con la destinación de los elementos de prueba obtenidos en virtud de un criterio objetivo consistente en la naturaleza del proceso¹⁰⁵.

2. Posición preferente de los derechos fundamentales como fundamento de la regla de exclusión en el contexto español

a) Origen jurisprudencial de la regla de exclusión: STC 114/1984

¹⁰³JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3, p. 460 s.

¹⁰⁴TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 42. A continuación el autor efectúa una síntesis de las mismas (exclusión de testigos, exclusión del testimonio de oídas o de referencia, aquellas relativas a la protección de secretos, etc), *vid.* p. 43 a 54.

¹⁰⁵VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 64 y 68 ss.

En España, previo a la introducción del art. 11.1 LOPJ, la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas sólo fue reconocida jurisprudencialmente, a partir de la STC N° 114 de 29 de noviembre de 1984¹⁰⁶ y tras los ATC 173/84 y ATC 289/84, en las que se había rechazado la posibilidad de excluir este tipo de pruebas en ausencia de regulación legal expresa. Hasta entonces, no se había reconocido una garantía constitucional de inadmisión de las pruebas ilícitamente obtenidas, sino que la LECrim sólo contemplaba determinados supuestos en los que la búsqueda, obtención, aportación y práctica de medios de investigación no era posible, y que conducía, bien a la nulidad absoluta del acto y por ende del mismo proceso, bien a la nulidad relativa, acarreando la declaración de nulidad y la salida del proceso. Ejemplos de ello, respectivamente, eran la prohibición de confesión bajo tortura y la falta de advertencia de la facultad de abstenerse de declarar entre cónyuges (arts. 389.3 y 416.1.I de la LECrim).

Como, de hecho, anota ARMENTA DEU, “antes de la Constitución de 1978 doctrina y jurisprudencia se pronunciaban a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas. Amén de otras valoraciones, la razón esencial era satisfacer el objetivo de la búsqueda de la verdad material como fin esencial del proceso penal. A tal efecto, toda fuente o medio de prueba debía valorarse por el juez, sin que su eventual ilicitud constituyera obstáculo suficiente y con independencia de las consecuencias que ello pudiera acarrear para quien llevó a cabo la conducta ilícita”¹⁰⁷. En otras palabras, para esta posición “resultaba irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las sanciones (disciplinarias, civiles o penales) que pudieran imponerse a quienes hubieran obtenido dichas pruebas vulnerando normas jurídicas”¹⁰⁸. Luego, como detalla RAMOS RUBIO, la Constitución española “no incorpora, al menos expresamente, esta limitación de la actividad probatoria en el proceso, y sí incorpora, en cambio, con la categoría de fundamental, el «derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes»(art. 24.2 CE), lo que determinó en un principio al TC (TC A 289/1984, de 16 de mayo)a sostener la posibilidad de admitir en el proceso cualquier prueba *pertinente*, es decir, relativa al *thema decidendi* y con virtualidad suficiente para permitir conocer la verdad, en todo o en parte, con independencia de su origen lícito o ilícito”¹⁰⁹.

Hecha esta breve introducción, corresponde entrar de lleno al contenido de la sentencia, para lo cual se efectuará una síntesis de las «cuestiones de hecho» sobre las que la misma versó,

¹⁰⁶ Según GIMÉNEZ PERICAS, Antonio, “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 1992 (diciembre), N° 6, p. 32, el antecedente de dicha sentencia habría la STC 55/1982, de 26 de julio, al advertir que la presunción de inocencia sólo podía ser enervada en virtud de prueba que hubiese llegado con las debidas garantías al proceso.

¹⁰⁷ ARMENTA DEU, Teresa, “Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal”, op. cit. (n. 32), p. 186.

¹⁰⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 53 s. Advierte además cómo es que “el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conectado con el de la verdad material, venía siendo utilizado como coartada para justificar la admisión y utilización de las pruebas ilícitas”.

¹⁰⁹ RAMOS RUBIO, Carlos, “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* N° 12, CGPJ, 2000, p. 16.

destacando los aspectos de relevancia para las «cuestiones de derecho» que se analizarán seguidamente.

i. Cuestiones de hecho de la STC 114/1984

Como bien extracta JEQUIER LEHUEDÉ¹¹⁰ se trata de un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Magistratura del Trabajo núm. 4 de Alicante, de 10 de mayo de 1983, que declaró procedente el despido del actor, así como contra la Sentencia dictada en recurso de casación por la Sala Sexta del TS con fecha 15 de febrero de 1984, que declaró no haber lugar al recurso de casación contra la anterior. Afirmaba el actor que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y a un proceso judicial con todas las garantías art. 24.2 CE, en el sentido de no haber gozado de un proceso con todas las garantías, ya que se le habría despedido en base a una única prueba que a la postre había sido obtenida de forma ilícita.

En efecto, se había procedido a su despido por infracción de las obligaciones de lealtad y buena fe en sus relaciones para con la empresa basándose en una única prueba que habría sido obtenida «ilegítimamente», consistente en una grabación fonográfica de la conversación telefónica por el recurrente con otra persona, sin su consentimiento. En dicha grabación el trabajador despedido estaba coaccionando a un directivo de la empresa para que le ascendiese a cambio de no revelar determinadas informaciones comprometedoras.

El recurrente basa su tesis en la existencia de una consecuencialidad lógica y jurídica entra la posible lesión extraprosesal de su derecho fundamental [en la especie art. 18.3 CE] y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión.

ii. Cuestiones de derecho de la STC 114/1984

A continuación se expresarán las tesis fundamentales de la doctrina sentada por la STC 114/1984, sin perjuicio de dejar la profundización de otros aspectos relevantes para otras secciones de esta investigación, con el objeto de ubicarlas donde las mismas despliegan otra clase de consecuencias. Con todo, las tesis estructurales son las siguientes:

- (1) El TC reconoce la existencia de una garantía objetiva implícita en el ordenamiento jurídico que exige la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente (f.j. 3º).

¹¹⁰ En esta parte se extracta la síntesis elaborada por JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “*La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno*”, op. cit. (n. 103), p. 469 ss.

- (2) Esta garantía no requiere determinación legal expresa ya que la misma debe ser reconocida a partir de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» *ex art. 10.1 CE. (f.j. 4º)*¹¹¹.
- (3) Esta falta de eficacia jurídica no constituye una parte integrante del núcleo esencial de tales derechos. Según el TC “el acto procesal podrá haber sido o no conforme a derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución”, porque ello implicaría reconocer “que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría ya no sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos”.
- (4) El Juez no debe admitir la prueba obtenida en tales condiciones, en base a una consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 LECrim, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de obtención (f.j. 3º).

b) Introducción de la regla de exclusión a nivel normativo: art. 11.1 LOPJ

La incorporación del art. 11.1 LOPJ, aprobada en julio de 1985, que en la actualidad consagra legalmente la «inefectividad» de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, ha dado pie al desarrollo de dos lecturas acerca del fundamento de la regla de exclusión, que –aunque ambas reconozcan la influencia ejercida por la STC 114/1984– conducen a aproximaciones absolutamente diversas.

- i. Posición minoritaria del «efecto disuasorio» como fundamento de la regla de exclusión

En España, una posición minoritaria representada por DE LA OLIVA SANTOS, desconoce que el fundamento de la regla de exclusión pueda hacerse consistir en la posición preferente

¹¹¹ Previamente, STC 25/1981, de 14 de julio 7 y a continuación, le sigue en el mismo sentido, la STC 105/1985, de 7 de octubre. En palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, incluso luego de la introducción del art. 11.1 LOPJ, aun cuando se la considere una norma de desarrollo de la Constitución de 1978, no puede sostenerse que la regulación de la prueba ilícita tenga un fundamento expreso en el texto constitucional, o al menos, no en forma directa, puesto que “la Carta Magna española no reconoce una expresa interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, como sí hacen, por cierto, algunas Constituciones americanas, ni, desde otro punto de vista, un derecho general a la prueba lícita o legal”, GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, N° 2, diciembre 2005, p. 187-211. También disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009&lng=es&nrm=iso, pár. 6.

que la Constitución atribuye a los derechos fundamentales¹¹². Para ello el autor recurre a un argumento histórico-legislativo, basado en la absoluta preterición de la cuestión relativa a la ineficacia de fuentes de prueba a causa de la ilicitud en su obtención, en los trabajos parlamentarios de las Cortes Generales para la elaboración de la «Ley Orgánica del Poder Judicial». Explica que, a pesar que suele indicarse que los términos actuales en que se lee la norma se deba a la enmienda n. 374 del Grupo Socialista, que habría tenido como fundamento la pretensión de ajustarlo a cuanto declarado en STC 114/1984; lo cierto es que la misma no hacía referencia al contenido de dicha sentencia, siendo incluso posible que haya sido redactada con anterioridad a ésta¹¹³.

Para DE LA OLIVA SANTOS –contrariamente–, la cuestión se explicaría en el afán de corregir la redacción propuesta por la enmienda n. 952, presentada por el Grupo Popular, del siguiente tenor: «No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al derecho» (la que habría sido aprobada por la amplia mayoría del Pleno del Congreso de 255 sobre 262 votos), en cuanto a su similitud con el texto contenido en el art. 549 de la Corrección y Actualización de la LEC, –en la que asimismo intervino personalmente–, y cuyo apartado I señalaba: «El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona». A juicio de DE LA OLIVA SANTOS, sin perjuicio de haber encontrado inspiración en la STC 114/1984, resulta evidente que la enmienda 374 tenía por objeto operar una exclusión de pruebas menor a la resultante del texto inicial, con parámetros de ilicitud menos amplios y más precisos que los contenidos en la cláusula válvula –en los amplios términos– recién anotados¹¹⁴.

¹¹²DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en ID. (editor), *Estudios sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica, N° 275 (1ª ed., México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006), especialmente, p. 190 ss., 194 y 199 ss. En el mismo sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 187-211; CHOZAS ALONSO, José Manuel, “*Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español*”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano (Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal)*, coord. por Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos, vol. 1, 2006, p. 453 s.; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 138 ss., a pesar de no desconocer su fundamento en la posición preferente de los derechos fundamentales, de todos modos termina atribuyéndole un carácter meramente «instrumental»; más expresamente en DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Últimas tendencias en materia de prueba ilícita*”, Ponencia presentada en el Encuentro de la Sala Segunda del TS con Magistrados/as de lo Penal celebrado en el marco del programa de formación continuado para la Carrera Judicial para 2013, Centro de Estudios Jurídicos, p. 3 ss. Disponible en http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp, donde, del resto, se reiteran las ideas expuestas en el trabajo anteriormente citado.

¹¹³ Cfr. GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, 1990, p. 36, que atribuye al art. 11.1 LOPJ directa inspiración en la STC 114/1984.

¹¹⁴ En contra de esta conclusión GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 187-211. p. 5, para quien sería el art. 549 citado el que otorgaba mayor claridad que el art. 11.1 LOPJ, tanto en lo referido al tratamiento procesal adecuado para los medios de prueba obtenidos de forma ilícita («el tribunal no admitirá los medios de prueba»), como la incorporación del requisito subjetivo consistente en que la prueba se hubiese adquirido «por la parte que los proponga o por terceros». Agrega que si bien pudiese

De este modo, contrariamente a cuanto señalado en la STC 114/1984, según el citado autor, la CE de 1978 no exige que la ley procesal disponga la inadmisibilidad y, en todo caso, la ineficacia de las fuentes obtenidas, directa o indirectamente, sea de la infracción de cualquier deber jurídico o de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas *sensu* art. 53. Sin embargo, ello no implica que la legislación española no pueda legítimamente hacerlo, según prefiera o no la disuasión de ciertas conductas ilícitas mediante la privación de sus efectos.

En otras palabras, los derechos fundamentales y las libertades públicas no poseerían una fuerza tal que deba determinar la exclusión de instrumentos probatorios: no prevalecen sobre cualquiera otros bienes y fines jurídicos, sino que por el contrario, serían los fines de un proceso, tanto penal como no penal, los que prevalecerían por sobre la efectividad de los derechos fundamentales. En consecuencia, su violación no comporta inexorablemente la nulidad de los actos realizados con ese vicio, y aún menos exige privar de efectividad a las actuaciones posteriores. Sin perjuicio de ello, el legislador podría legítimamente hacerlo para disuadir los comportamientos ilícitos en general, o de cierto tipo, que junto a las sanciones directas (civiles o penales, o de ambas clases), constituya una consecuencia negativa adicional consistente en la eliminación del valor procesal de lo que, en sí mismo, constituiría un instrumento probatorio. “No se trata pues, de la eliminación del valor procesal como *única* consecuencia negativa, sino de añadir esa eliminación a otras consecuencias, que no serían consideradas suficientes”.

Con todo, el citado autor no detalla los fundamentos de su premisa, por lo que bien podría formularse en términos contrarios: «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio» (Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365). Por otra parte, tampoco se hace cargo de todas las consecuencias que se derivarían de una tal fundamentación de la regla de exclusión en base al *deterrence effect* de la misma. En efecto, desde el ámbito norteamericano es posible advertir que las consecuencias son muy variadas y que pueden sintetizarse en el hecho de que sólo la persona cuyos derechos hayan sido violados pueda esgrimir a su favor la *exclusionary rule*; que sólo puede hacerlo en el proceso penal contra ella dirigido y a los solos efectos de excluir su responsabilidad de los hechos que son objeto de acusación.

En consecuencia el fundamento que ahora analizamos se traduce “en la posibilidad de que el material probatorio ilícitamente obtenido sea utilizado contra cualquier persona distinta del titular del derecho o garantía vulnerados; o en contra de esta última, pero en un proceso distinto del que trajo causa aquel material; o, contra el titular del derecho o garantía fundamental en el proceso penal contra él dirigido pero a efectos por ejemplo, de acordar

haberse sostenido el inconveniente de que la norma estuviese referida sólo al ámbito civil, no puede desconocerse la condición de la LEC como norma general y subsidiariamente aplicable al resto de los órdenes jurisdiccionales.

medidas cautelares, demostrar la falsedad de su declaración o denegar determinados beneficios penitenciarios”¹¹⁵.

Similar lectura efectúa el Magistrado MARTÍ SÁNCHEZ, para quien: “la exclusión de las pruebas ilícitas, originaria de los EE.UU. de América del Norte, fue introducida con la finalidad –así se afirma– de «prevenir las actuaciones ilícitas de la policía», finalidad que, (...) es también la inspiradora de la jurisprudencia del TS: así lo expresó en la sentencia de 29 de marzo de 1990 («algunos Estados, como España», asumen el deber de proteger los derechos fundamentales «en aras de conseguir el imprescindible efecto disuasorio en sus posibles infractores»), y lo reitera recientemente, con insistencia [sentencia de 4 de marzo –dos–, 14 y 23 de abril de 1997: «la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende (...) ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (‘Deterrence effect’)], si bien manifiesta que también «pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados»¹¹⁶.

A nivel jurisprudencial, esta línea argumentativa ha sido parcialmente acogida por el TC. Si bien “en un primer momento, para el TC el fundamento de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no descansaba en el efecto disuasivo de las conductas ilegales de los agentes policiales (*deterrence effect*), sino en la posición preferente que tales derechos ocupan en el ordenamiento jurídico y en su proclamada inviolabilidad”¹¹⁷, configurando la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal; la STC 81/1998 –como se dirá– vuelca los términos del análisis a partir de una incompreensión del efecto reflejo (prueba refleja) y de su confusión con la prueba derivada, mediante la introducción de la denominada doctrina de «conexión de antijuridicidad».

Desde ya conviene citar la STS 747/2015, de 19 de noviembre¹¹⁸, por sintetizar los extremos de esta evolución jurisprudencial en los siguientes términos¹¹⁹: “Finalmente, las sentencias de esta Sala 811/2012, de 30 de octubre, y 511/2015¹²⁰, de 21 de julio, (...), entran a distinguir dos corrientes en la jurisprudencia de este Tribunal. Una más tradicional, anterior a la

¹¹⁵AGUILERA MORALES, Marien, “La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: ante una común y preocupante tendencia”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, p. 8.

¹¹⁶MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, en *Actualidad Penal*, Nº 7, 16 al 22 de febrero de 1998, p. 158 s. Entiende que: “para evitar actuaciones de este tipo podría ser, si acaso, sancionar al policía que viola el derecho fundamental, o cualquier otra que aparezca adecuada y de posible efecto disuasorio, pero nunca en manera alguna, «premiar» al afectado por esa violación, cuando se ofrecen pruebas –datos– evidentes de la realidad del hecho, y de su autoría por el titular del derecho fundamental lesionado. Con la no utilización de la prueba ilícitamente obtenida se sanciona, no a quien violó el derecho fundamental (...) sino a la víctima o a la sociedad en general, que contempla estupefactas cómo se «premia» al delincuente, absolviéndolo y, en cambio, al menos en cierta medida, se les sanciona a ellas”.

¹¹⁷MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 67.

¹¹⁸STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º Nº 3.

¹¹⁹En doctrina, también efectúa una síntesis de la evolución jurisprudencial en materia de efecto reflejo: MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 4, 2003, p. 1042 a 1057.

¹²⁰STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 6º, que a su vez repasa cuanto dicho en SSTS 501/1997 y 538/1997, de 18 y 23 de abril, respectivamente.

sentencia 81/1998 del TC, y otra corriente posterior en la que se aplican las nuevas pautas del TC. En la concepción primigenia de esta Sala se acentúa o intensifica el efecto reflejo o indirecto de la infracción de la norma constitucional, buscando así otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal («Deterrence effect»). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Se considera que prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. De forma que el efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal).

En la segunda fase jurisprudencial que se reseña en la sentencia 511/2015 como surgida a partir de la STC 81/1998, se implanta un criterio más flexible merced a la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. En virtud del mismo, se atenúa el efecto anulatorio derivado de la infracción de la norma constitucional, de modo que la anulación de la prueba refleja no se genera sin más de la conexión causal o natural entre ésta y la prueba ilícita, sino que se requiere la conexión jurídica entre ambas o conexión de antijuridicidad, que exige un examen complejo y preciso que va más allá de la mera relación de causalidad natural”.

En este panorama, en términos menos lapidarios, se pronuncia la STS 721/2014¹²¹ indicando que: “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal”; sin perjuicio que con ocasión del examen de los supuestos de desconexión en materia de prueba refleja parezca indicar como mayormente determinante el efecto disuasorio de la denominada prohibición de valoración (f.j. 9º).

Como se podrá advertir a partir de los resultados de la presente investigación, a pesar que esta consideración «instrumental» del fundamento de la regla de exclusión se califique como representativa de una posición minoritaria, lo cierto es que en los hechos aparece más bien como la aproximación mayormente extendida, oculta bajo una proclamación falsa –tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal– de un supuesto fundamento basado en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

¹²¹ STS 721/2014, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2014, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 6º.

- ii. Posición mayoritaria en orden al «fundamento material» de la regla de exclusión en la posición preferente de los derechos fundamentales

Según una opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria¹²² (al menos en términos discursivos formales): “en España la fundamentación constitucional de la exclusión de la prueba ilícita se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales. Valor supremo que, no por inherente, deja de plasmarse expresamente en el art. 10.1”¹²³: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social».

Esta posición descifra en la STC 114/1984 una proclamación, con carácter absoluto, de la «inadmisibilidad» procesal de las pruebas obtenidas violando derechos o libertades fundamentales, entendiendo por tales –según la mayoría de la doctrina– únicamente los contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I del texto constitucional (arts. 14 a 29). En este sentido, un claro antecedente se encuentra constituido por la sentencia del Pleno del TC 25/1981, de 14 de julio, donde se indica que: “la «limitación...de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático», para añadir que «se trata (...) de uno de los más complejos problemas de los ordenamientos jurídicos democráticos»¹²⁴.

Con todo, el referido precepto no ha zanjado definitivamente el debate. En efecto, “la doctrina aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas: mientras unos autores, partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la «inutilizabilidad» procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector [doctrinal], mayoritario en la actualidad, restringe esta inefectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales en estricto cumplimiento del tenor literal del art. 11.1 LOPJ. Luego, en materia de efectos de la regla de exclusión, las opiniones vuelven a confrontarse entre una

¹²² Cfr. Jurisprudencia que reconoce el fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita en la tutela de derechos fundamentales: SSTS 114/1984; STC 49/1996; STC 127/1996; STC 171/1997; STC81/1998; STC 94/1999; STC 139/1999; 50/2000, f. j. 4º; 69/2001, f.j. 26º; 28/2002, f.j. 4; 22/2003, f.j. 10º. En doctrina española, a modo simplemente ejemplar: ASENSIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, en *Diario La Ley*, N°8.009, Sección Doctrina, La Ley, 25 de enero de 2013, *passim*.; RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, op. cit. (n. 109), p. 16 ss. En doctrina italiana, *vid.* CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 397, para quien una primera consideración a partir de dicha norma indica que “la inutilizabilidad se refiere al tema de equilibrio entre derechos fundamentales de la persona y el interés estatal de represión del delito. Se trata de una inutilizabilidad de tipo patológico subjetivo que comporta la exclusión de pruebas adquiridas en violación de derechos con prescindencia de la utilidad del dato”.

¹²³ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 27.

¹²⁴ Citada en MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “*La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales*”, op. cit. (n. 116), p. 152.

exigencia de inadmisión y una exigencia de no valoración. Podemos decir, por tanto, que en la actualidad la discusión se centra en determinar el alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita contenida en dicho precepto, una vez descartadas las posturas favorables a la admisión de esta última en aras del principio del predominio de la «verdad material» en el proceso penal»¹²⁵.

Sin embargo, a nuestros días, la «verdad material» sigue tradicionalmente siendo considerada entre las características propias del proceso penal y de los fines del mismo, advirtiéndose su reconocimiento normativo en ciertos supuestos de autorización de intervención oficiosa del Juez¹²⁶. Ello hace que aún la cuestión de la «regla de exclusión» sea analizada desde la perspectiva de su «tensión» con el fin del proceso dirigido a alcanzar una «verdad material».

Desde esta perspectiva, en palabras de ARMENTA DEU: “la prueba ilícita patentiza la tensión entre la tutela de bienes esenciales de la sociedad a través del proceso penal, como medio ineludible de realización del derecho penal, y por otro, la propia libertad y derechos de los ciudadanos a quienes se imputa una lesión de tales bienes esenciales (...) 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 desproporionalmente los derechos (fundamentales o no sólo éstos) tanto de contenido material (...) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (...)”¹²⁷. Luego, “la prohibición de que una prueba traída al proceso mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es, de hecho, el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal, resultado de acentuar el carácter acusatorio [del proceso penal español] y convertirlo, cada vez más, en un proceso garantista: son los derechos fundamentales los que prevalecen”¹²⁸.

¹²⁵MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 57. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito italiano, la doctrina española sigue razonando en la óptica de un concepto de verdad material, *vid.* DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 98 ss, especialmente nota 94.

¹²⁶ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal* (9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2016), p. 46. En este sentido se indican los arts. 701 inc. 6º (en cuanto al orden que la prueba debe ser practicada en el juicio), 700.2 y 708.2 (sobre la intervención del tribunal en el interrogatorio del acusado o de testigos, respectivamente), 726 (sobre la facultad de examinar prueba documental) y 729.2 (sobre la facultad de proponer nuevos medios de prueba) de la LECrim.

¹²⁷ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, en *Revista Ius et Praxis*, 2013, N° 2, p. 347 s.

¹²⁸DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 19. Sobre la tensión existente entre la verdad material y los fines de la instrucción en relación a la vulneración de derechos fundamentales, también ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 347, según quien la búsqueda de la verdad material como uno de los fines destacados del proceso penal, ha justificado, entre otros aspectos, manifestaciones de oficialidad en la fase investigadora del proceso y en el propio juicio oral en materias relacionadas, precisamente, con la investigación y obtención de fuentes de prueba y la práctica de medios de prueba” (véase, respectivamente, los arts. 406 y 729 LECrim); ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 179. Cfr. AGUILERA MORALES, Marien, “*La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: ante una común y preocupante tendencia*”, op. cit. (n. 115), p. 3, quien si bien enfoca la tensión desde el binomio seguridad vs. libertad, de todos modos circunscribe a la primera

Se entiende que así como parece imposible pensar en un sistema jurídico donde todos los aspectos del fenómeno probatorio estén completamente regulados por el derecho, “tampoco parece fácil pensar en un sistema jurídico que encarne de manera absoluta el sistema de la *freedom of proof*, un sistema donde la prueba esté completamente desregulada, entregada por entero a las reglas epistemológicas o a los patrones de la racionalidad empírica. En el contexto jurídico en el que la prueba se desenvuelve (y al que sirve), alguna regulación, aunque sea mínima, parece necesaria; y ello porque existen ciertos valores o intereses a los que el derecho debe brindar protección, y el sentido de la regulación de la prueba es justamente preservarlos, aun a costa, si fuera preciso, de menguar o incluso anular las posibilidades de averiguación de la verdad en el proceso (...) De hecho, la exclusión de prueba ilícita es reflejo de una ideología jurídica comprometida con los derechos fundamentales y en virtud de la cual –como suele decirse– «la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio», en particular al precio de vulnerar derechos”¹²⁹.

En este contexto es posible identificar un paso evolutivo en la discusión, en que –al menos, implícitamente– parece descolgarse del «parámetro» de la «verdad material». Nos referimos al fundamento de la regla de exclusión sobre la base de los derechos fundamentales que, en último término, plantea su reconocimiento como requisito necesario para la legitimación del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado¹³⁰.

dentro del valor de la verdad material; y p. 10: “Para el TC, en definitiva, es aquella posición preferente y esta condición [de inviolables de los derechos fundamentales] las que determinan que la fiel reconstrucción de los hechos que se presentan a la decisión del órgano jurisdiccional –el descubrimiento de la verdad– se torne en un valor secundario comparado con la plena efectividad de los derechos fundamentales o, cuando menos, en un valor supeditado a un procedimiento legalmente respetuoso con el contenido nuclear de estos derechos”. En jurisprudencia del TS, *vid.*, STS 29 de marzo de 1990 al indicar que: “cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa, quizá, haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”.

¹²⁹GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, *op. cit.* (n. 61), p. 51 y 58.

¹³⁰ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, *op. cit.* (n. 38), cuyo Capítulo 7, p.181 ss. titulado «La prueba ilícitamente obtenida una cuestión de legitimidad», trata el asunto –precisamente– como una cuestión de legitimidad del *ius puniendi* del Estado, que, a su vez, parte de la consideración de la jurisdicción como un ‘saber-poder’ del Estado en el modo en que la misma ha sido planteada por Ferrajoli. En el mismo sentido: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, *op. cit.* (n. 94), p. 135; MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “*La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales*”, *op. cit.* (n. 116), p. 148. Véase también, en una dirección similar pero no idéntica: GIMENO SENDRA, Vicente, “*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*”, en *Diario La Ley*, N° 4042, Sección Doctrina, La Ley, 26 de abril de 1996, p. 1622, para quien la regla de exclusión resulta fundamental para “la protección del sistema democrático frente al posible surgimiento de los denominados Estados de Policía o autocráticos que, en nombre del «orden público» o de la eficacia de la lucha contra la delincuencia, suelen acabar cometiendo las mayores violaciones de los derechos humanos”. Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, *op. cit.* (n. 126), p. 32, 40 y 46, quien a pesar de reconocer que el fin fundamental del proceso penal sea la actuación del *ius puniendi* estatal, sigue sosteniendo que la búsqueda de la verdad material es uno de los fines específicos del proceso penal.

En esta dirección, MIRANDA ESTRAMPES agrega que: “el propio reconocimiento del Estado de Derecho, según la concepción del profesor FERRAJOLI (...), caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas”¹³¹. En efecto, MUÑOZ CONDE, más que advertir una tensión o límite con la verdad material, entiende que la afirmación de que el objeto del proceso penal sea la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, pudiendo decirse “sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho, se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos”¹³².

De esta última consideración, se observa el trazo inicial de un camino al abandono de un debate que aún tenga en cuenta –en algún modo– una posible tensión con la denominada «verdad material». Tal como Daniel PASTOR destaca sobre las reflexiones vertidas por ANDRÉS IBÁÑEZ a propósito del análisis de la prueba ilícita: “*Se trata, entonces, de obtener una verdad «menos ambiciosa en su alcance, como corresponde a un fruto del método inductivo. No real o material, y menos aun absoluta, pues sino la propia del conocimiento probable, y, desde luego, de infinita mayor calidad que la asegurada por el proceso inquisitivo, dado el carácter racional y racionalmente controlable del curso de su obtención»*”¹³³.

Sin embargo, a partir de la STC 81/1998, con la introducción de la denominada «doctrina de conexión de antijuridicidad», la literatura ha apuntado críticamente el inicio de una etapa involutiva¹³⁴. En efecto, el TC ha sometido la aplicación de la regla de exclusión a la denominada «prueba refleja», a la existencia de un nexo de naturaleza jurídica de «conexión de antijuridicidad», que puede ser roto a partir, no de un hecho en sí mismo, sino a partir de un

¹³¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 135.

¹³² MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso* (3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007), p. 115 ss. el autor efectúa una crítica a la propensión de una verdad absoluta y plantea la necesidad de adoptar una visión más democrática del relativismo del concepto de verdad en el proceso penal para luego referirse a la búsqueda de una verdad forense estrictamente vinculada con la teoría consensual de la verdad. Sobre los distintos conceptos de verdad y su relación con la prueba y el fin del proceso, vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”, op. cit. (n. 75), *passim*.

¹³³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), Prólogo, p.22.

¹³⁴ Un resumen de la sentencia y sus principales aspectos puede consultarse en MUERZA ESPARZA, Julio, “*Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? [Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81)]*”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, vol. IV, Estudios, p. 509-518. VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, “*Tratamiento de la prueba ilícita*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Sección Constitución y garantías penales, CGPJ*, N° 15, 2003, p. 239-287, también ofrece un panorama general de la jurisprudencia a que dio lugar esta criticada sentencia del TC. Un análisis concreto de esta fase involutiva es ofrecido por GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba ilícita*”, en *Persona y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, N° 54, 2006, p. 375 ss. y por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, *passim*. Más recientemente, insistiendo en los aspectos críticos de dicha doctrina, vid. ASENSIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66, 2009, p. 85-100, *passim*.

«juicio de experiencia»¹³⁵ que analice –desde una perspectiva interna– la índole y características de la vulneración del derecho fundamental originalmente violado, así como su resultado, y –desde una perspectiva externa– las necesidades esenciales de tutela que exige la realidad y efectividad de dicho derecho fundamental originariamente violado¹³⁶. Suele indicarse que esta «involución», se debe especialmente a este último extremo como equivalente al criterio del «efecto disuasorio» del sistema norteamericano, que habría propiciado la introducción de una serie de excepciones a la aplicación del efecto reflejo de la regla de exclusión. Más aun, se observa que, a partir de la exigencia de verificar la concurrencia de dolo o culpa grave en la actuación, el TC se sitúa en el ámbito del error, dando lugar a la excepción de buena fe, la que habría visto aplicación incluso en casos de prueba originalmente ilícita¹³⁷.

3. Fundamento de la regla de exclusión en el contexto italiano: principio de legalidad

Para comprender el modo en que se consolida el fundamento de la regla de exclusión en el sistema italiano es necesario efectuar un recorrido por el contexto teórico normativo que motivó un completo proceso de reforma que se consolida a través del c.p.p.i. de 1988. En este recorrido histórico sugen muchas de las cuestiones que se plantearon con ocasión del fundamento axiológico del régimen general de exclusión de prueba y que sin embargo, son interesantes de apreciar en relación con este ordenamiento jurídico concreto.

a) *Código procesal penal italiano de 1930*

i. Modelo y aspectos teórico-normativos

En un sistema inquisitivo, la búsqueda de la verdad absoluta consiente la acumulación de todas las funciones en un único sujeto, esto es, en el juez dotado de plenos poderes de investigación, admisión, rendición/asunción y valoración de la prueba. Por este motivo, es que en el marco de un sistema inquisitivo “no se advierte la necesidad de reglamentar la materia de la prueba. Al contrario, una eventual reglamentación se traduciría inmediatamente en un límite a la averiguación de la verdad”¹³⁸.

Dicho sistema obedece a una opción filosófica de orden «*asimétrico*» que, basado en una concepción «racional» de la prueba, considera al proceso como un instrumento tendiente a

¹³⁵ En este sentido: STC 81/98, de 2 de abril, citando ATC 46/83 de 9 de febrero, y SSTS 51/85 de 10 de abril; 174/85, de 17 de diciembre; 63/93, de 1 de marzo; 244/94, de 15 de septiembre.

¹³⁶ Véase cómo estas nociones se encuentran presente en la aproximación con que el sistema alemán afronta el denominado «efecto extensivo» de la prueba prohibida en KAI, Ambos, “*La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Lustel, N° 29, 2013, p. 23 ss.

¹³⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 119.

¹³⁸ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 11.

la verificación de una verdad única y objetiva, aunque sea «formal» (en la medida en que los criterios de racionalidad estén impuestos al juez normativamente¹³⁹), y que por tanto, requiere de una colaboración «supletoria» del juez, en cuanto corresponsable de la acreditación de la verdad. Vale la pena en todo caso señalar la consideración de CAVALLONE en orden a que, aun en el marco de un sistema procesal civil de corte «*asimmetrico*», aun la más *asimmetrica* de las ideologías impone considerar como «resultado» utilizable para la decisión del hecho sólo aquéllas que sean adquiridas en el respeto de la misma disciplina¹⁴⁰.

El c.p.p.i. de 1930 “perteneía a un sistema mixto prevalentemente inquisitivo; que atribuía amplios poderes al juez y no otorgaba una reglamentación adecuada en materia de prueba (...). La filosofía misma del sistema estaba bien sintetizada en el art. 299 c.p.p.i. 1930, según el cual «el juez instructor ejecuta todos los actos necesarios para la búsqueda de la verdad»¹⁴¹. Con ello, el art. 299 c.p.p.i. asignaba a la fase instructoria la función de «*accertamento della verità*», degradando a la figura del juez del *dibattimento*, sólo a un juez de control, gravemente condicionado¹⁴². En efecto, el art. 457 c.p.p.i. asignaba a la instrucción *dibattimentale* una función meramente supletoria y en algún sentido, excepcional. Con lo cual, en línea de principio, se evidenciaba la consagración oficial de la influencia de las fases anteriores en el convencimiento del juez del juicio¹⁴³.

En este contexto, conceptos tales como «libertad de prueba» y búsqueda de la «verdad absoluta», eran absorbidos por el valor primario denominado «defensa social»¹⁴⁴, el que precisamente exigía que la verdad fuese acreditada con cualquier medio de prueba, y, por tanto, a cualquier precio. A este respecto, resulta relevante destacar cómo es que frente a una eventual confrontación entre garantías constitucionales del individuo y proceso penal, la cuestión era formulada en términos de la contraposición entre un interés individual y un interés público de persecución y represión del delito, que por lo mismo se consideraba superior.

¹³⁹ Para una síntesis de la concepción de la verdad formal, *vid.* GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), *op. cit.* (n. 54), p. 527 ss.

¹⁴⁰ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, *op. cit.* (n. 43), p. 955 a 957. *Vid.* TARUFFO, Michele, “*Prove atipiche e convincimento del giudice*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1973, p. 392: “corresponde sin embargo observar que sobre la solución [de los poderes del juez en la selección y determinación del material idóneo para fundar la acreditación de los hechos controvertidos] ni siquiera manifiesta los dos principios que regulan directamente la esfera de los poderes del juez sobre la utilización del material probatorio: en efecto, ni el principio de parte sobre disponibilidad de los medios de prueba (y tampoco, por el contrario, el hecho que nuestro ordenamiento encuentre al mismo una serie de excepciones), ni el llamado principio de la adquisición probatoria, invisten al juez del poder de utilizar fuentes de prueba expresamente prohibidas por la ley”.

¹⁴¹ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, *op. cit.* (n. 8), p. 17.

¹⁴² Cfr. Relación proyecto preliminar código 1988, p. 60.

¹⁴³ En contra de la naturaleza inquisitoria de la fase de excusión (sostenida mayoritariamente por la doctrina de la época), FOSCHINI, Gaetano, “*La fase della escusione*”, en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. I, 1965, p. 480 ss.

¹⁴⁴ Sobre los orígenes histórico-filosóficos del concepto de «defensa social» y sobre sus incidencias en materia de política criminal, de derecho penal y procesal penal, *vid.* GRAMATICA, Filippo, voce “*Difesa sociale*”, en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1960), vol.V, p. 635-637; GUARNERI, Giuseppe, voce “*Difesa sociale*”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1964), vol. XII, p. 465-470. Para consultar la línea argumentativa de esta posición, *vid.*: GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 508 s.

La adopción de un sistema mixto prevalentemente inquisitivo unido a una concepción de búsqueda de una verdad material basada en el principio de libre convencimiento del juez, produjo la formulación de dos grandes críticas al modelo italiano, una consecuencia de la otra, que se explican a continuación.

ii. Aspectos críticos detonantes de la reforma

El reconocimiento del principio del libre convencimiento bajo la vigencia del código de 1930, dio lugar a una actividad interpretativa de las normas jurídicas que, lejos de ser una simple y mecánica actuación de fórmulas legislativas, consistía en una operación compleja y pluricondicionada, no neutral. “Un sistema procesal en que la formación de la prueba avenga bajo la insignia de un método inquisitivo que, por definición, diverge de aquel basado en el *dibattimento*, tiende a condicionar a este último, precisamente en virtud de los instrumentos que permiten recuperar en la fase de juicio las «pruebas» obtenidas en las fases precedentes, abriendo la problemática sobre el objetivo, el valor y los límites de la actividad cognoscitiva (llamada histórica) desarrollada antes del juicio”¹⁴⁵.

Como se ha indicado, el código de 1930, en cuanto sistema mixto –aun en su ambigüedad, a partir de un análisis sistemático de ciertas normas– se demostraba partidario de otorgar al procedimiento preliminar o fase instructoria la función de «*accertamento della verità*» en modo que cuanto obtenido fuese capaz de constituir un presupuesto para la decisión del juez. El aspecto represivo inquisitivo del modelo se evidenciaba en que precisamente la fase preliminar se desarrollaba en ausencia de contradictorio, en modo tempestivo y reservado,

¹⁴⁵FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale* (2ª ed., Milano, Giuffrè, 1965), vol. I, p. 3 s. En este sentido es conveniente consultar las modalidades de conclusión de la investigación preliminar bajo la vigencia del código de 1930, particularmente aquella relativa al decreto penal de condena y a la solicitud de juicio directísimo en FOSCHINI, Gaetano, “*La istruzione preliminare*”, en *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marisco* (Milano, Giuffrè, 1960), vol. I, p. 582 ss. NOBILI, también subraya “cómo la invocación del convencimiento libre responde a una instancia exasperada de potenciación de los instrumentos con que el juez puede arribar a la decisión sobre el hecho y sea expresión tanto de precisas aspiraciones concernientes a la función represiva e inquisitoria, en cuanto componente del actual proceso penal (refiriéndose al código de 1930), como manifestación de la relación entre el juez y la ley”. El autor cree posible evidenciar “cuánto todavía incida la teoría positivista y luego la fascista sobre el libre convencimiento del juez, entendido como expresión de la función represiva en el proceso penal”, advirtiendo –además– cómo la actividad interpretativa resultaba operada sin neutralidad. NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 258. Cfr. CONSO, Giovanni, “*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 8 s. Sobre la influencia fascista véase, DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, op. cit. (n. 40), p. 1270. “La versión irracionalista del libre convencimiento fundado en un inexorable determinismo psicológico, conduce a la supresión del momento del conocimiento, aplastado por el elemento intuitivo, por el cual el juez –como escribía el gran acusador de las purgas estalinistas «no debe haber otro criterio que la propia intuición». En Alemania el régimen nazi proponía cancelar del vocabulario procesal, las expresiones *partes y controversia*: como una sintomática aplicación –en el plano judicial– de la teoría monista de la verdad. Si la verdad era una sola, y ella se identifica con la verdad oficial, de la cual sólo era depositario el Führer, no podía surgir sobre este fin supremo disenso alguno entre los súbditos, quienes se encontraban obligados a estar siempre de acuerdo sobre aquello que debía entenderse por verdad”.

donde órgano persecutor e imputado no estaban en el mismo plano, en atención a que el primero debía actuar en defensa de la colectividad contra el delito¹⁴⁶.

La conjugación de este aspecto con el principio de libre convencimiento dio lugar a un potente debate sobre la posibilidad de concebir la extensión de este último, también a la libertad de adquisición de cualquier medio de prueba, aun contrario a la ley, al fin de obtener la acreditación de la verdad material¹⁴⁷.

En este contexto se enmarca la segunda gran crítica al sistema de 1930, al advertirse cómo la libertad de valoración terminaba por unirse y confundirse con el diverso perfil de la libertad de adquisición de la prueba. A juicio de AMODIO, ambas desembocaban en una especie de libertad de admisión de la prueba –conquistada por la jurisprudencia forzando el sistema normativo– en que el juez tenía el poder de utilizar como fuente de la decisión cualquier dato revestido de fuerza persuasiva, incluso cuando éste hubiese sido obtenido en violación de una prohibición legislativa¹⁴⁸.

Para AMODIO, la ausencia de vínculos normativos en sede de valoración, representativo de una superación del régimen «arcaico» de la prueba legal, asumía un sesgo autoritario que se manifestaba en una mortificación de los derechos de defensa y que producía una exasperación

¹⁴⁶NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 259 ss., nota n. 7. Similares críticas denunciaba CARNELUTTI, Francesco, “*La malattia del processo penale italiano*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 6 ss.

¹⁴⁷AMODIO, Ennio, “*Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, op. cit. (n. 50), p. 5.

¹⁴⁸AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), p. 311; AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 90 ss. En el mismo sentido, idéntica constatación es expresada en NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (1ª ed., Clueb, Bologna, 1989), p. 18 s. y MELCHIONDA, Achille, voce “*Prova*” (*dir. proc. pen.*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 656 ss. A modo ejemplar, tal crítica es advertida en materia de reconocimiento fotográfico, *vid.*: TRANCHINA, Giovanni, “*Il valore probatorio de riconoscimento di persone mediante fotografia*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, p. 1005-1009; VOENA, Giovanni Paolo, “*Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 1013-1018; RAMAJOLI, Sergio, “*Le ricognizione fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*”, en *Cassazione penale. Massimario Annotato*, 1981, p. 269-271; PANSINI, Gustavo, “*Le ricognizioni nel processo penale*”, en *Archivio Penale*, 1983, p. 679 a 684; SOGGIU, Silvia, “*Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche nell’interpretazione della giurisprudenza e della dottrina*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 432 s.; en materia de declaraciones anteriores efectuadas por el imputado, *vid.* ALLORIO, Enrico, “*Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*”, en *Giurisprudenza Italiana* (Torino, Utet, 1960), vol. CXII, parte I, sez. 2, c. 867-872, Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “*Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*”, en *Processo e ideologia* (1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1969), p. 124 ss. y DENTI, Vittorio, “*Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*”, en *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, p. 866, ambos –con diversos argumentos– son partidarios de una utilización por conversión del acto en cuanto prueba libre; SAMMARCO, Angelo Alessandro, “*Considerazioni sul divieto di utilizzazione di atti nel sistema vigente e nella delega per il nuovo codice di procedura penale*”, en *Cassazione penale*, 1987, 1651, *passim*, p. 1961-1965; por último en materia de prueba testimonial, en particular de la eficacia probatoria de declaraciones previas al juicio, *vid.* NOBILI, Massimo, “*La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*”, en *L’indice penale*, 1973, *passim*, p. 223-237.

del poder inquisitorio dejando al juez en libertad de apropiarse de todo material capaz de confirmar cualquier tesis emotiva o políticamente preestablecida¹⁴⁹.

Por este motivo, el citado autor, abogaba que la legalidad de la prueba debía responder a la exigencia de contrapesar la deteriorada imparcialidad del juez, toda vez que el control a través de la motivación resultaba insuficiente, exigiendo la regulación del fenómeno probatorio desde una perspectiva exclusivamente negativa dirigida, por una parte, a los límites a la admisibilidad y a la asunción de la prueba; y, por otra, a la atenuación del valor persuasivo de algunos elementos probatorios¹⁵⁰. Aun cuando estas anotaciones causaron polémica en su tiempo¹⁵¹, es de entender que AMODIO intentaba poner sobre el debate la eventual necesidad de contar con reglas de exclusión de prueba, resituando el valor de la legalidad en su dimensión garantística dentro de la regulación del procedimiento probatorio, cuestión que no se agotaba en un supuesto retorno a la prueba legal¹⁵².

Si bien la «inutilizabilidad de la prueba» no era del todo ignorada bajo la vigencia del código de 1930¹⁵³; al no encontrarse consagrada como una regla general de exclusión de

¹⁴⁹ AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), p. 312 a 315.

¹⁵⁰ AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), p. 320 a 322.

¹⁵¹ Vid. CAPPELLETTI, Mauro, “*Ritorno al sistema della prova legale?*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 139-141. En este artículo el autor efectúa un comentario crítico de la propuesta de prueba legal negativa de AMODIO, calificándola de «errónea» y «peligrosa». Este último, plasma sus descargos en AMODIO, Ennio, “*Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*”, op. cit. (n. 72), p. 373-376. Luego, en materia civil, creemos ver en la obra de TARUFFO similares aprehensiones en relación a la forma en que los jueces admitían, asumían y valoraban prueba atípica en el proceso, vid. TARUFFO, Michele, “*Prove atipiche e convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 140), p. 389-434.

¹⁵² AMODIO, Ennio, “*Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*”, op. cit. (n. 72), p. 374. Sobre el retorno a ciertas pruebas legales en el proceso penal, vid. GUARNERI, Giuseppe, “*L’altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 595 ss.

¹⁵³ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 40 s.: “En realidad, el art. 141 c.p.p. 1930, según el cual no podía hacerse «uso alguno» de los escritos anónimos, establecía aquello que ha sido definido como inutilizabilidad *ante litteram*. Sin embargo, se trataba de una expresión atécnica que, si bien dejaba intuir la voluntad de sancionar con el máximo de gravedad (una verdadera y propia neutralización) el ingreso de conocimientos anónimos en el proceso penal, no otorgaba una calidad jurídica consciente a la sanción consistente en la expulsión de datos probatorios afectados por vicios más graves”; SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introductivo, op. cit. (n. 24), p. 96 ss., examina las soluciones alternativas que se formularon bajo la vigencia del código de 1930 en orden a la prohibición de uso procesal de los escritos anónimos, las declaraciones autoindiciantes y a los resultados de las interceptaciones ilegítimas, que en general se traducían en un vicio de motivación de la sentencia que hiciera uso de ellas. En la misma línea se habrían solucionado las hipótesis de informaciones sumarias del indagado y de los resultados de interceptaciones preventivas, vid. p. 103 ss.; PISANI, Mario, “*Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 203: “Basta pensar (...) no sólo en el último inc. del art. 350, el que, a propósito de parientes no advertidos sobre su derecho de abstenerse a prestar declaración, establece que, en tal caso, las deposiciones efectuadas «no pueden ser tenidas en cuenta a pena de nulidad» (a parte de la pleonástica previsión de nulidad sanable, en realidad se trata de una inutilizabilidad que, en todo caso, depende de la iniciativa *ex post* del interesado no advertido); sino que también en el inc. 4º del art. 304 (l. 15 diciembre 1972, n. 773) – que, en orden a las declaraciones efectuadas, en ausencia de defensor, por parte de quien no es imputado y respecto del cual con posterioridad surgen indicios de responsabilidad, prevé que las deposiciones mismas «no puedan ser, en caso alguno, utilizadas» –y, luego, el art. 226-*quinquies* (l. 8 abril 1974, n. 78), el que establece no poder tenerse en cuenta, a pena de nulidad insanable y declarable de oficio en cada estado y grado del procedimiento, «las interceptaciones efectuadas fuera de los casos permitidos por la ley o

prueba, y faltando una disciplina específica para la misma, resultaba generalmente absorbida en la categoría de la nulidad¹⁵⁴.

En efecto, dentro de la antigua normativa se advertía que “algunas hipótesis parecían insuficientemente salvaguardadas, puesto que la aposición de una simple nulidad (relativa) podía dar lugar a la sucesiva sanatoria frustrando la autoridad del límite probatorio enucleado”¹⁵⁵. Así, no obstante los severos juicios que la doctrina manifestaba sobre la indiscriminada utilización de prueba ilícita (en general); la jurisprudencia, en cambio parecía más orientada en el sentido de la conservación (y por tanto libre utilización) de las pruebas mismas¹⁵⁶. Es en este contexto en que surge la categoría de «prueba inconstitucional» de que se trata enseguida.

ejecutadas en disconformidad con las prescripciones por ella establecidas»”. COMOGLIO hace referencia, además, a los arts. 466-bis y 475 N° 5-bis (agregados por los arts. 3-4 de la Ley N° 29, de 17 de febrero de 1987, COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 126, nota 58. Por su parte, DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’art. 191c.p.p.*”, en *Cassazione penale*, 1994, p. 3161, agrega la hipótesis del art. 225-bis en orden a negar valor probatorio y a prohibir a la policía judicial la verbalización de informaciones sumarias asuntos por el indiciado, el arrestado o el detenido, sin la presencia de abogado defensor, en los casos establecidos por la misma disposición; y el art. 141 en orden a los escritos anónimos. Para una síntesis de los institutos que han anticipado la categoría *vid.* SAMMARCO, Angelo Alessandro, “*Considerazioni sul divieto di utilizzazione di atti nel sistema vigente e nella delega per il nuovo codice di procedura penale*”, op. cit. (n. 148), p. 1961-1965; y LOZZI, Gilberto, “*Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 444 s, y notas 7, 8 y 9. Refiriéndose a la prueba inválida en el *an*, señala que: “sólo en algunos casos el legislador no prevé nulidad alguna, limitándose a imponer la prohibición o a hablar de inadmisibilidad de la prueba asunto en violación de la prohibición misma; en otros casos, establece la nulidad de la prueba inválida en el *an*; y en otros, incluso dispone la nulidad de la sentencia basada sobre prueba inválida por la violación de la prohibición de asunción”. Sobre los inconvenientes del uso del esquema de la nulidad al sector probatorio, *vid.* SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 479 s.

¹⁵⁴ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 522; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 59. “...los mínimos espacios concedidos a la inutilizabilidad no consentían sostener su naturaleza de sanción autónoma, sino que ella se encontraba sometida al destino de la nulidad (art. 226 *quinquies* c.p.p. 1930)”; GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 244, “faltaba la categoría de la inutilizabilidad, por lo que las prohibiciones probatorias terminaban por recaer, directa o indirectamente, en la disciplina de la nulidad. Además, en los casos de prohibiciones puras (esto es, no acompañadas de una específica conminatoria de nulidad) el principio de la taxatividad de la nulidad ofrecía el pretexto para considerar que las pruebas prohibidas eran solamente prueba irregulares. Según la opinión prevalente en doctrina, de todos modos, la transgresión de las prohibiciones provocaba de por sí un defecto de motivación que, como causa de nulidad de la sentencia, habilitaba la interposición del recurso en casación a través de la combinada disposición de los arts. 475 n. 3, 524 n. 3 c.p.p. precedente”, véase también nota 11, p. 245.

¹⁵⁵GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura de Giulio Ubertis (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1992), p. 169. Más adelante agrega que: “con tal instrumento [refiriéndose a la inutilizabilidad] se busca superar radicalmente aquella impostación jurisprudencial que, reduciendo a la medida de la nulidad sanable aquellos vicios, incluso graves, de actos constitutivos de prueba, no perdía ocasión para recuperar y consolidar el rol del juez en cuanto incontrolado gestor del propio convencimiento”, p. 171.

¹⁵⁶MELCHIONDA, Achille, “*Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*”, op. cit. (n. 5), p. 130. Anota que si la jurisprudencia encuentra el modo de considerar el interrogatorio del imputado asunto en violación de las normas que deberían garantizarle el derecho de defensa como mera nulidad, sanable, episódica y circunscrita [cita Cass. sez., I, 16 octubre 1973, D’Ali, en *Cass. pen. Mass. ann.* 1975]; o considera mera irregularidad la formación de una prueba en modo diverso a cuanto prescrito en normas dictadas a pena de nulidad [cita Cass. sez. VI, 2 diciembre 1974, Mottura, en *Giust. pen.*, 1976, III, 172, 137], le es lícito temer que mayor laxitud se verificará

iii. Concepto de «prueba inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i de 1930

En este marco histórico, una parte de la doctrina recurría a la expresión «prueba inconstitucional» para aludir a aquellos datos probatorios obtenidos en violación de derechos fundamentales del individuo, donde sería la propia Constitución fuente directa de una prohibición probatoria¹⁵⁷. Adhiriendo a esta categoría, COMOGLIO explicaba cómo era que la exclusión procesal de la prueba adquirida con métodos y con modalidades «inconstitucionales» expresaba, en efecto, el alcance propiamente negativo o represivo, y en parte «reintegrativo», del concepto de «inconstitucionalidad» del medio de prueba, haciendo posible la configuración de una categoría general de ineficacia de los actos «contrarios a normas constitucionales»¹⁵⁸.

De este modo, el citado autor, ofrecía el siguiente concepto de «prueba inconstitucional»: “cualquier prueba o medio de prueba, cuya modalidad de formación, de adquisición o de asunción –con prescindencia de la calificación de ilicitud e independientemente de la presencia de específicas prohibiciones, enunciadas en las normas procesales ordinarias– que se encuentren en cualquier modo en contraste con las garantías fundamentales de la persona o del juicio, que la Constitución reconoce y asegura a cada individuo, en el ámbito de un proceso «equo» y «justo»”¹⁵⁹.

En otras palabras, esta posición doctrinal consideraba “poder deducir de algunas disposiciones de la Carta Fundamental, en particular de aquellas puestas en tutela de derechos inviolables o de algunos principios relativos al juicio (por ejemplo, la libertad personal, la libertad de domicilio, la libertad y secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa y la

cuando las modalidades de asunción de la prueba no sean sancionadas con la nulidad insanable, p. 132. En efecto, la jurisprudencia de la época tendía a reducir los casos de imperfecciones del acto probatorio como consecuencia de la inobservancia de las reglas de admisibilidad al rango de nulidad sanable, para cuya confirmación cita abundante jurisprudencia. A ello se agrega el hecho de que la extrema defensa del principio de conservación de los actos se manifestaba incluso en la hipótesis en que la norma procesal de base fuese declarada inconstitucional, con aberrantes resultados, a partir de la distinción entre aplicación directa e indirecta de la norma procesal. De este modo, se atribuía la función de aplicación indirecta al «control» del cumplimiento del *modus procedendi* que el juez debía efectuar en consideración a la norma vigente a la época de su ejecución, independiente que ella fuese actualmente inconstitucional. Para una exposición crítica sobre el punto *vid.* CAVALLARI, Vincenzo, “*Effetti della dichiarazione d’incostituzionalità della norma processuale penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, p. 78-101; DENTI, Vittorio, “*Perizie, nullità e contraddittorio*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1967, p. 395-406.

¹⁵⁷ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, *op. cit.* (n. 28), p. 1778.

¹⁵⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, *op. cit.* (n. 64), p. 590. Ello se condice con el reconocimiento que el autor efectúa a la “adecuación del proceso a los valores constitucionales, y las garantías de los derechos inalienables de la persona, contenidos en las Convenciones internacionales de mayor brisico”, como principio fundamental irrenunciable en el marco del nuevo código procesal penal, COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, *op. cit.* (n.62), p. 114.

¹⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, en *Cassazione penale*, fasc. 5, 1996, 899, p. 1548.

garantía del «debido proceso») reglas de exclusión probatorias directamente aplicables al procedimiento, sin mediación de ley ordinaria. De lo cual se deduce que la prueba obtenida, por los órganos de policía o por privados, con conductas lesivas de las citadas posiciones subjetivas deberían considerarse *ipso facto* inadmisibles¹⁶⁰.

Los sostenedores de esta teoría¹⁶¹ basan su construcción a partir de la sentencia de la Corte constitucional n. 34, de 6 de abril de 1973 en materia de interceptaciones telefónicas¹⁶².

¹⁶⁰ MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova* (1ª ed., Torino, Giappichelli, 2007), p. 142. Se trata del mismo tentativo operado por la doctrina alemana, en el sentido de construir una serie de prohibiciones probatorias de fuente constitucional: “toda prueba que el órgano judicial o privados se hubiese procurado con una conducta lesiva de un derecho constitucionalmente garantizado, es por eso mismo inadmisibile (...) de allí el ostracismo a toda prueba cuya fuente se encuentre contaminada por un ofensa a la *Menschenwürde*”, vid. CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, en *Tre studi sulle prove penali* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1963), p. 153.

¹⁶¹A modo ejemplar, vid.:PIERRO, Guido, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali* (1ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992), p. 165; ALLENA, Gianni, “*Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, fasc. 2, p. 506 s.; GREVI, Vittorio, “*Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 341; GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 249 s.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, op. cit. (n. 159), p. 1550; FILIPPI, Leonardo, “*Le sezioni unite decretano la morte dell’agente segreto «attrezzato per il suono»*”, en *Cassazione penale*, 2004, p. 2100; POTETTI, Domenico, “*Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*”, en *Cassazione penale*, 2002, p. 659 s.; DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1117 ss., donde no obstante la cuestionable terminología empleada a efectos de la clasificación conceptual ofrecida por el autor, parece de todos admitir la hipótesis de violaciones de principios constitucionalmente garantizados.

¹⁶²No obstante lo anterior, como explica ILLUMINATI, “corresponde recordar que en materia de interceptaciones ilegítimas la Corte constitucional se había pronunciado con una decisión que, si bien careció de consecuencias inmediatas, había ya indicado un principio directivo que se mantiene hasta hoy, según el cual «la actividad realizada en desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede ser admitida como justificación y fundamento de actos procesales en contra de quien haya sufrido aquella actividad constitucionalmente ilegítima»”. ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14),p. 522 s. Por otra parte, dentro de los sucesivos pronunciamientos que habrían seguido el sentido de la sentencia n. 34 de la Corte Constitucional, suelen citarse los siguientes: SCC. N° 120, 7 mayo 1975; SCC. N° 81, 6 abril 1993; SCC. N° 81, 11 marzo 1993 en tema de secuestro de tabularios, disponible en *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, c. 117 s., con nota de S. Di Filippo, “*Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*”; SCC. N°151, 8 abril 1993, disponible en *Rivista politica*, 1994, p. 96 con nota de P. Dublino, “*La convalida del sequestro di polizia giudiziaria dopo la sentenza n. 151 de 1993 della Corte Costituzionale*”; SCC. N° 229, 19 junio 1998, en materia de secuestro de los apuntes predisuestos del indagado para el interrogatorio; SCC. N° 238, 9 julio 1996, sobre toma de muestras en forma coactiva; SCC. N° 304, 19 julio 2000, sobre las modalidades ejecutivas de las interceptaciones ambientales. En esta materia, véase el reporte de novedades jurisprudenciales efectuado en GIORDANO, Luigi, “*Percorsi della giurisprudenza in tema di intercettazioni*”, en *Cassazione penale, supplemento*, N° 6, 2016, p. 286 s., particularmente en cuanto se refiere a la exigencia que el decreto autorizante deba individuar con precisión los lugares en los cuales deberán ser ejecutadas las interceptaciones de las comunicaciones entre presentes, no siendo admisible una indicación indeterminada o incluso la ausencia de indicaciones al respecto. “Las captaciones ejecutadas en lugares diversos de aquellos a los referidos en la autorización deben ser expulsados del material cognitivo y valorativo, en cuanto ilegítimo. Si las resoluciones autorizantes, luego, no contienen alguna especificación de los lugares en los que se deben efectuar las interceptaciones ambientales, todo el material captado es ilegítimo y, por tanto, inutilizable, porque no está permitida la operación de interceptaciones entre presentes sin delimitaciones espaciales”. Como se ve además, tanto el uso de la expresión «ilegítima» como la identificación de la causa de la inutilizabilidad en cuestiones procedimentales permite deducir una posición refractaria al concepto de «prueba ilícita». En tema de videograbaciones, véase: SCC. N° 135, 24 abril 2002 y SCC. N° 149, 7 mayo 2008; cfr. SCP. SU., 28 marzo 2006, n. 26795, según la cual las videograbaciones en

Según esta última, la prueba «inconstitucional», es decir, aquella prueba obtenida a través de modalidades, métodos o comportamientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales del ciudadano garantizados por la Constitución, debía ser considerada absolutamente inutilizable en el proceso. Este pronunciamiento destacaba, además, que tales pruebas no podían ser introducidas oblicuamente, por ejemplo mediante la declaración de quien hubiese procedido o asistido a su ilegítima adquisición, con prescindencia del hecho que la ley contemple prohibiciones específicas para su empleo *in iudicio*, u ofrezca elementos técnicos necesarios para invalidar su eficacia.

A juicio de la Corte, la regla de exclusión de las pruebas «inconstitucionales» encuentra sus raíces en la propia consagración constitucional de los derechos y de las libertades fundamentales del individuo, dirigida a su protección contra el peligro de conductas ilegales provenientes de privados, y, sobre todo, de los órganos del Estado.

Para autores como GREVI, esta sentencia habría implicado un “reforzamiento del principio de legalidad de la prueba incluso a nivel constitucional, en el sentido que las normas constitucionales dictadas en protección de los derechos inviolables del individuo –y, por tanto, en su aspecto «procesal», en tutela del derecho de defensa– debían ser consideradas como el primer parámetro para la verificación de la legalidad de los actos de adquisición probatoria. Con ello, la Corte habría cambiado el paradigma en torno a la superioridad, no ya de la exigencia de búsqueda de la verdad, sino que en el carácter prioritario del respeto de la libertad personal y en la exigencia de legalidad que preside el proceso¹⁶³.

El citado autor indica que desde esta perspectiva, tanto en Italia como en la experiencia de la CS norteamericana, el concepto de «inconstitucionalidad» de la prueba, puede representar un precioso instrumento para operar una síntesis entre *substancia* y *proceso*, con el objeto de superar las divergencias entre calificación sustancial de ilicitud y valoración procesal de inadmisibilidad sobre la que se basan los estudiosos inclinados por la no exclusión de la prueba y, por ende, sostenedores de la utilización procesal de la llamada prueba ilícita [en sentido técnico italiano], salvo la existencia de expresas prohibiciones probatorias”. En efecto, aun cuando el art. 15 CI no ofreciera un enganche normativo como el presentado en los arts. 13 inc. 3°, 14 inc. 2° y 21 inc. 3° y 4° que han permitido a la doctrina sostener en vía deductiva una *exclusionary rule*, la Corte ha desarrollado el *obiter dictum* de la sentencia n. 175 de 1970. Mientras esta última hacía notar que la apreciación según la propia experiencia del material

lugares públicos o abiertos al público, no ejecutadas en el ámbito del procedimiento penal, van incluidas en la categoría de documentos *ex art. 234 c.p.p.*, mientras que las efectuadas por la policía judicial, incluso de propia iniciativa, constituyen prueba atípica, sujetos a la disciplina del art. 189 c.p.p. Relevante es destacar que, según destaca GIORDANO, en el texto apenas citado, “en todo caso, las videograbaciones no pueden ser realizadas en cualquier lugar. Aquellas ejecutadas en ámbito domiciliario, en ausencia de una disciplina actuativa del art. 14 de la Constitución, son adquiridas ilícitamente y, por ende, inutilizables”, p. 287.

¹⁶³ Es posible estimar que el origen de esta impostación jurisprudencial se encuentre en los trabajos de CONSO y DENTI, quienes representan una nueva aproximación a la antigua clasificación entre normas sustanciales y procesales. Mientras el primero contraponen o al menos juxtaponen a dicha clasificación la categoría de *normas de garantía*, atribuyendo tal carácter a todas las normas que disciplinan la prueba penal por identificar en ellas un fundamento constitucional basado principalmente en la garantía del contradictorio (art. 24, inc. 1 y 2 CI); DENTI, en cambio, propone derechamente abandonar dicho criterio diferenciador.

probatorio presuponía que no se tratase de prueba prohibida por la ley, en esta oportunidad la Corte esclarece que bajo esta locución deben comprenderse *in primis* todas las pruebas adquiridas en violación de específicas disposiciones constitucionales relativas a los derechos de libertad individual, fundando su razonamiento –más que en específicas reglas probatorias deducibles de particulares normas constitucionales– sobre consideraciones de orden sustancial conectadas a la tutela de los derechos fundamentales del individuo¹⁶⁴.

Una posición contraria, representada por CORDERO, consideraba –en cambio–, que las premisas de esta teoría invitaban a entrar en el terreno de máximas que quizás podían ser apreciables en sede política, pero que jurídicamente resultaban insignificantes¹⁶⁵. MARINELLI, detractor de esta categoría, planteaba –en todo caso–, una suerte de limitación al alcance de la sentencia n. 34 de 1973 ya citada, al indicar la necesidad de que subsistieran dos requisitos cumulativos: que se trate de previsiones puestas a tutela de valores fundamentales, inherentes a los derechos de la personalidad o a las garantías del proceso; y que el precepto que los contenga sea capaz de permitir una aplicación inmediata, tal como una norma procesal común¹⁶⁶. Este aspecto se conecta con la actual posición de la Corte de Justicia de la Unión Europea en torno a la aplicación inmediata de las directivas comunitarias, a condición que se trate de preceptos completos y no condicionales.

b) Código procesal penal italiano de 1988

i. Modelo y aspectos teóricos

El proceso penal italiano, siguiendo la tendencia dominante en el continente europeo, ha optado por un orden «isonómico», basado en una concepción retórica o «argumentativa» de la prueba, donde el principio en materia de acreditación del hecho, es que ésta deba efectuarse, en juicio oral, sobre la base del contraste de la información aportada por las partes, rigurosamente seleccionada, permaneciendo por regla (independiente de cuántas y cuáles sean sus excepciones) excluida la utilizabilidad de los elementos adquiridos *aliunde*. De este modo, en el orden «isonómico», tanto la intervención del juez como la utilización de información derivada de fuentes diversas al contradictorio, resultan impensables. Con ello se deja atrás la configuración del rol ético atribuido por el orden «asimétrico» al juez, como portador de una omnisciencia divina; cuyo rol queda ahora circunscrito simplemente a garantizar la neutralidad del contradictorio¹⁶⁷.

¹⁶⁴ GREVI, Vittorio, “*Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*”, op. cit. (n. 161), p. 338 a 341.

¹⁶⁵ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 154.

¹⁶⁶ MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 144 y 147.

¹⁶⁷ GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), op. cit. (n. 54), p. 521. “los modelos puros [de estos modelos] están representados, respectivamente, por el *ordo iudicarius* medieval y por el *processus* en el sentido de las legislaciones prusianas del siglo XVIII. Mientras los principios del *ordo* medieval dependen de la retórica; los *principia processus iudicarii*, conectados al *Ordnungsprinzip*, dependen de la lógica. En los dos modelos, la

Como explica UBERTIS, esta concepción dialéctica de la prueba permite valorizar los eventuales aportes científicos considerados necesarios en el curso de la investigación, pero reconociéndoles una adecuada apreciación, respetuoso del contexto selectivo-pragmático y teleológico en que se desenvuelve el debate procesal¹⁶⁸. Así, en el marco de un orden isonómico, “la libertad de valoración «*secundum conscientiam*» encuentra su compensación en la delimitación del campo de investigación mediante «reglas de exclusión»¹⁶⁹.

En efecto, GIULIANI explica cómo es que en las bases de la sofística –entendida como estudio de la patología de la argumentación (y por ende contrapuesta a la heurística), se encuentra, aunque sea en términos negativos, la teoría dialéctica de la verdad. La identificación de los errores en la argumentación (sofismas) permite evitar las vías intransitables de la investigación, seleccionando las inferencias argumentativas relevantes mediante reglas de exclusión, con lo cual se revela cómo es que el orden isonómico no solo es un orden lógico, sino también ético. El éxito de una terapia al desorden en la comunicación humana, dependería justamente de una correcta y precisa individualización de los fenómenos patológicos, ya que la automática contraposición de las tesis no garantiza en ningún caso la búsqueda de la verdad, sino que se requiere corregir las desigualdades sustanciales en el contradictorio¹⁷⁰.

ii. Modelo y aspectos normativos

misma terminología (carga de la prueba, presunción, hecho) tiene un significado opuesto, que refleja la distancia entre las soluciones en cuestiones fundamentales, como lo es aquella relativa a la verdad del hecho en el conocimiento del pasado. Mientras en la hipótesis argumentativa el hecho histórico parece irreductible a un hecho empírico (verdad probable), en la hipótesis lógico-científica, el mismo parece homogenizable a un hecho empírico (verdad material) o a un hecho relacional (verdad formal). La respuesta está destinada a incidir, no solo sobre la noción de prueba, sino también en la configuración de la relación entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, y sobre el juicio jurídico mismo. En el orden isonómico, basado en la división del conocimiento en el contradictorio, la carga de la prueba es entendida como carga de persuasión: la intervención supletoria del juez en la prueba de los hechos constituiría una violación de su neutralidad e imparcialidad (*iudex non potest in facto supplere*). En el orden asimétrico, en cambio, se privilegian las operaciones solitarias de la mente del juez, *advocatus partium generalis* según el ideal liebniciano: este orden legitima la intervención supletiva del juez, quien dirige el proceso (*iudex potest in facto supplere*) y reparte la carga de la prueba”. Sobre la aproximación al concepto de carga de la prueba – considerada inexistente – bajo la vigencia del código de 1930, *vid.* SABATINI, Giuseppe, voce “Prova” (*dir. proc. pen. e dir. proc. pen. militare*), op. cit. (n. 67), p. 316, cfr. nota n. 671; MELCHIONDA, Achille, voce “Prova” (*dir. proc. pen.*), op. cit. (n. 148), p. 661 ss.; Sobre la consagración de un modelo de orden isonómico en el nuevo código procesal penal, *vid.* DE LUCA, Giuseppe, “*La cultura della prova e il nuovo processo penale*”, op. cit. (n. 62), p. 184 ss. quien por lo demás recalca que ello no implica que un modelo de orden isonómico carezca de códigos éticos.

¹⁶⁸UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 15 s.

¹⁶⁹GIULIANI, Alessandro, “*L’ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonómico)*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 612.

¹⁷⁰GIULIANI, Alessandro, voce “Prova” (*filosofia*), op. cit. (n. 54), p. 523 a 526. Por estas consideraciones es que GIULIANI trata la doctrina de la relevancia de la prueba en términos de reglas de exclusión, como consecuencia de una concepción de la prueba como argumento. Señala que, el contraste real entre los sistemas probatorios –entre el orden asimétrico (sea que se oriente hacia una verdad material o formal) y el orden isonómico– radica en que en este último, la libertad de valoración de la prueba se encuentra conectada a un rígido sistema de reglas de exclusión: sólo en estos últimos, la acreditación judicial del hecho se conecta a una actividad crítica, y no técnica, del juez.

La derogación del código de 1930 para dar lugar al código de 1988, en vigor a partir de 1989¹⁷¹, significó el paso de un sistema inquisitivo a uno tendencialmente acusatorio, con el objeto de responder, en gran medida, a las críticas que la doctrina había formulado al sistema anterior.

Según AMODIO, “la recuperación de la legalidad probatoria, estuvo ciertamente favorecida por la reflexión desarrollada por la doctrina italiana a partir de la experiencia de la *law of evidence* del *common law* y de los contenidos garantísticos de la Convención Europea de los derechos del hombre. La aspiración genuinamente garantista del legislador, tendiente a hacer efectivo el principio de imparcialidad del juez en el nuevo proceso, encontró eficaces puntos de referencia en las *exclusionary rules* del proceso angloamericano y en el derecho a la prueba de la Convención europea”¹⁷².

El objetivo de asegurar la legalidad en materia probatoria ha sido perseguido mediante la construcción de un verdadero «derecho de la prueba», regulando analíticamente el fenómeno probatorio, incluso a través de la previsión de una sanción procesal específica para la protección de las reglas probatorias. Fuentes y/o medios de prueba cuya adquisición comporte la violación de tales cánones no puede ser admitida y, en caso que de todos modos sea ilegítimamente adquirida, el conocimiento obtenido debe considerarse inutilizable respecto de toda decisión”¹⁷³.

Así, la figura de la *inutilizzabilità*, propia de una estructura procesal tendencialmente acusatoria, adoptada por el código de 1988, “presupone que las pruebas sean introducidas por las partes y sean adquiridas en contradictorio frente al juez: por ello es necesario que las pruebas utilizables sean previamente seleccionadas de acuerdo a reglas legales vinculantes”¹⁷⁴. De este modo, “es posible advertir inmediatamente que la inutilizabilidad se conecta al principio de legalidad de la prueba –puesto a la base del nuevo código– con lo cual se indica que el ejercicio del poder cognoscitivo del juez es sometido a los límites fijados por la ley”¹⁷⁵. En este orden de ideas, “la inutilizabilidad de una prueba irritualmente adquirida no debe ser entendida como una renuncia a la acreditación de los hechos, sino que como tutela de la corrección y efectividad del conocimiento que se expresa en juicio”¹⁷⁶.

A mayor abundamiento, tal opción legislativa-política debe a su vez conjugarse con la reforma constitucional del art. 111 de fecha 10 de noviembre de 1999, definitivamente aprobada con la ley constitucional n. 2 de 23 de noviembre de 1999, a partir de la cual han sido incorporados cinco nuevos incisos que consagran algunos principios cardinales incisivamente

¹⁷¹ Para una síntesis del proceso de reforma en materia procesal penal, *vid.* PISAPIA, Gian Domenico, “*Il nuovo processo penale*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 627-638.

¹⁷² AMODIO, Ennio, “*Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, *op. cit.* (n. 50), p. 5.

¹⁷³ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, *op. cit.* (n. 28), p. 1772.

¹⁷⁴ ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, *op. cit.* (n.14), p. 522.

¹⁷⁵ GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, *op. cit.* (n. 72), p. 243.

¹⁷⁶ NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale* (10ª ed., Milano, Giuffrè, 2007), p. 8.

sintetizados en la expresión «debido proceso»¹⁷⁷. El principio de legalidad como principio general del derecho encuentra consagración en el art. 111 inc. 1° de la CI, en el art. 6 inc. 1 y 2 CEDH, y en numerosa jurisprudencia nacional y supranacional¹⁷⁸.

El inc. 1° del art. 111 CI establece que: “la jurisdicción se ejercita a través de un debido proceso regulado por la ley”, que en la parte que nos interesa “se conecta con la necesidad de tutelar la forma de los actos que no son libres, sino que deben ser disciplinados por el legislador incluso a través de la previsión de causas taxativas de invalidez en caso de violación”¹⁷⁹. Así, “en el actual sistema, la ley regula *ex ante* el ingreso y la formación de las pruebas en el proceso, equilibrando los intereses involucrados en el establecimiento de los hechos, la tutela de los derechos individuales y, en fin, el espacio que debe reconocerse a la iniciativa de parte. Siendo todos cánones que delínean el perímetro dentro del cual el juez puede motivar su propio convencimiento”¹⁸⁰.

“Los principios reguladores de la disciplina de la prueba se encuentran íntimamente relacionados con la forma del procedimiento, y tal conexión no dice relación con la valoración de la prueba sino con la selección del material para el juicio del hecho. El proceso oral en contraposición al escrito o por fascículo supone que la información destinada a la «inmediata» valoración del juez sea cuidadosamente seleccionada, y a diferencia de cuanto pensaba CHIOVENDA, no representa un lugar privilegiado para un juez libre de constricciones formalísticas para la acreditación de la verdad, sino que por el contrario es precisamente el lugar donde pueden prosperar los mecanismos obstruccionistas constituidos por las reglas de exclusión y del principio de inutilizabilidad del material obtenido sin respetarlas”¹⁸¹.

De este modo se advierte que la aplicación del principio de legalidad en materia probatoria, surge del propio concepto de Estado de Derecho, que como tal, debe investigar, perseguir y sancionar a los responsables de un delito, manteniéndose fiel al respeto de los derechos de los ciudadanos y a los principios constitucionales, encontrándose obligado a establecer procedimientos determinados incluso respecto del accionar de sus propios funcionarios, de modo tal que el ciudadano pueda siempre controlar y verificar su

¹⁷⁷ Sobre la noción de debido proceso, *vid.* UBERTIS, Giulio, voce “*Giusto processo*”, en *Enciclopedia del diritto, Annali II* ((Milano, Giuffrè, 2008), vol. I, p. 422 ss.

¹⁷⁸ A vía ejemplar, *vid.* SCC. N° 349, 24 octubre 2007; SCC. N° 348, 24 octubre 2007; STEDH, Sec. III, 12 mayo 2000, Khan c. Reino Unido, § 34; STEDH, Sec. II, 22 junio 2000, Coëme y otros c. Bélgica, § 102; STEDH, Sec. III, 25 septiembre 2001, P.G. e J.H. c. Reino Unido, § 34, § 76-77; STEDH, Gran cámara, 11 julio 2006, Jalloh c. Alemania § 96-97, 105; STEDH, Sec. III, 21 septiembre 2006, Söylemez c. Turquía, § 122; STEDH, Sec. II, 25 noviembre 2008, Dağdelen y otros c. Turquía, § 123; STEDH, Sec. II, 6 octubre 2009, Soyhan c. Turquía, §42.

¹⁷⁹ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 20 s. CASIRAGHI, es más categórica al entender que un justo proceso regulado por la ley, en relación con la prueba implica que: “la equidad del proceso resulta inevitablemente comprometida y por ende irrecuperable, aun en los casos en que la prueba prohibida no resulte ser la única prueba ni aquella decisiva, siendo suficiente que una parte de la reconstrucción del hecho se haya basado sobre ella (...), de manera que tal elemento debe ser omitido del horizonte cognoscitivo puesto a disposición del juez para su decisión”, CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1769 ss.

¹⁸⁰ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 3.

¹⁸¹ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 967 s.

correspondencia con la ley¹⁸². Como agrega ARMENTA DEU, se trata de una tendencia de los países de tradición jurídica continental, donde la legalidad procesal (probatoria) constituye un 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»»¹⁸³.

iii. Plausibilidad del concepto de prueba «inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988

(1) Reconocimiento del concepto en la expresión «ley» contenida en el art. 191.1 c.p.p.i.

Como tendremos ocasión de examinar en el capítulo relativo al supuesto de aplicación de la regla de exclusión, según una posición minoritaria, la expresión «prueba inconstitucional», sigue encontrándose referida a aquellos datos probatorios obtenidos en violación de derechos fundamentales del individuo, donde sería la propia Constitución fuente directa de una prohibición probatoria¹⁸⁴.

Esta posición ha sido reconocida (aunque con una importante limitación en materia de efecto reflejo, como se verá¹⁸⁵) por las Sesiones Unidas con fecha 16 de mayo de 1996, al indicar que se comprendían en la categoría de las pruebas sancionadas con la inutilizabilidad, no sólo las «pruebas objetivamente prohibidas», sino también las pruebas formadas o adquiridas en violación de los derechos subjetivos tutelados por la ley y con mayor razón, por ende, respecto de aquellas adquiridas en violación de los derechos tutelados en modo específico por la Constitución. Hipótesis que, según MARINELLI, sería subsumible en la previsión del art. 191 c.p.p., precisamente porque la antijuridicidad de las pruebas así formadas o adquiridas constituye una lesión de derechos fundamentales, reconocidos como intangibles por la Constitución¹⁸⁶.

Se trata, con todo, de una posición que se ha ido consolidando con más fuerza en la Casación Penal, pudiendo indicarse –a modo ejemplar, y sin perjuicio de los precedentes que en ellas se invocan– la SCP, Sec. IV, de 3 noviembre 1999, n. 5801, y sobre todo, la SCP, SU., 28 de mayo 2003, n. 36747 que, como destaca FILIPPI, “las Sesiones unidas individualizan en el art.

¹⁸²UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 705.

¹⁸³ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 22. Igualmente, BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia, “*La prueba ilícita y sus efectos*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Sección Comunicación al Curso sobre “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”*, CGPJ, N° 28, 2003, p. 421 s.

¹⁸⁴CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1778.

¹⁸⁵*Vid.* nota n. 301.

¹⁸⁶MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 143. Cita sucesivos pronunciamientos en el mismo sentido en nota al pie n. 143.

191 c.p.p. la clave de su argumentación, destacando, aunque sea a modo de *obiter*, que los vicios de la prueba pueden encontrar su fuente incluso en todo el *corpus* normativo, y no sólo a nivel de ley ordinaria, sino que también en fuentes constitucionales y convencionales, para luego pasar a revisar cada prohibición probatoria en particular sancionada con la inutilizabilidad, que denomina «patología dinámica» contrapuesta a aquella «estática» representada por la nulidad y la inexistencia¹⁸⁷.

(2) Rechazo del concepto de «prueba inconstitucional»

Se trata de aquella parte de la doctrina que rechaza concebir la configuración de prohibiciones probatorias a partir de normas constitucionales. Así, un sector importante de la doctrina italiana se ha opuesto al concepto de prueba inconstitucional, refutando la inutilizabilidad de la misma, en virtud de inconsistencias intrínsecas¹⁸⁸. En este sentido, MARINELLI denuncia la inconsistencia de la teoría de la prueba inconstitucional tanto desde un punto de vista teórico (siguiendo a CORDERO) como operativo. A su parecer, dicha prueba teóricamente supone la exportación de un sistema de control constitucional extranjero, basado en la obligatoriedad del precedente como instituto inexistente en Italia.

Luego, desde una perspectiva operativa, se indica que dicha teoría se desarrollaría en la práctica en la incerteza, al atribuir a la sede judicial una función de equilibrio empírico de valores fundamentales de la sede procesal, en circunstancias que la misma es una prerrogativa reservada a la compleja interacción entre el órgano legislativo y la Corte constitucional¹⁸⁹. En palabras de CONTI: “la Carta fundamental es una tabla de valores que debe encontrar actuación concreta a nivel legislativo, no siendo idónea para constituir fuente directa de prohibiciones procesales sin la mediación de la fuente legislativa”¹⁹⁰.

Por lo demás, en relación con este último extremo, según ALLENA, en términos abstractos, lo que se compara no es la «prueba» con la Constitución, sino que la confrontación se analiza entre una norma ordinaria y la Constitución, de modo que mientras la norma ordinaria no se declare inconstitucional, la prueba conseguida en conformidad con ella debe ser

¹⁸⁷FILIPPI, Leonardo, “*Le sezioni unite decretano la morte dell’agente segreto «attrezzato per il suono»*”, op. cit. (n. 161), p. 2099.

¹⁸⁸ A modo ejemplar, vid.:NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 201, “la invocación a derechos fundamentales garantizados por la Constitución sólo tiene un valor meramente retórico, porque las garantías constitucionales sirven a prohibir la violación de libertades fundamentales y no a impedir la utilización probatoria de los eventuales resultados documentales de tales violaciones”; ZIGNANI, Davide, “*Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*”, en *Cassazione penale*, fasc. 4, 2004, p. 1310; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 153; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, en *Tre studi sulle prove penali* (1ª ed., Milano, Giuffrè, 1963), p. 87; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 204 y 214.

¹⁸⁹ MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 149 ss. Igualmente GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 215.

¹⁹⁰ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 154.

utilizada¹⁹¹.

En efecto, ORESTE DOMINIONI, descarta la teoría de la prueba inconstitucional a partir de un argumento sistémico formal en base a la interpretación del art. 191 c.p.p.i. A su juicio, para aseverar la producción de una consecuente inutilizabilidad, correspondería establecer que la norma constitucional está protegida, en caso de violación, por una conminatoria de inutilizabilidad, lo cual debería recabarse de una norma procesal ordinaria. Sin embargo, tal norma procesal ordinaria no existe porque ese no es el contenido del art. 191, donde el término «ley» no es interpretable como comprensivo de las leyes constitucionales ni de las leyes penales sustanciales¹⁹². En este orden de ideas, del mismo modo en que se argumenta en caso de «prueba ilícita en sentido técnico penal», la llamada «prueba inconstitucional» sería inutilizable sólo cuando exista una norma procesal que así lo indique, es decir, el motivo radicaría en la existencia de una prohibición probatoria y no en la existencia de esta categoría¹⁹³.

(3) Absorción del concepto de prueba por el régimen de inutilizabilidad

Para CASIRAGHI, la noción de «prueba inconstitucional» resulta superflua a la luz del nuevo c.p.p.i. toda vez que, citando a UBERTIS, “se trataría siempre de fuentes y/o medios de prueba que, en la óptica procesal, son categorías definibles, según los casos, como

¹⁹¹ ALLENA, Gianni, “*Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 161), p. 507. Objeción compartida por CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1779.

¹⁹² DOMINIONI, Oreste, “*Capítulo XVII*”, en A.A.V.V., *Manuale di Procedura Penale*(8ª ed., Bologna, Monduzzi, 2008), p. 228.

¹⁹³ RUGGIERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*(1ª ed., Milano, Giuffrè, 2001), p. 63 s., al analizar la evolución de la llamada «prueba inconstitucional» a partir de la entrada en vigor de código del rito de 1989 y del nuevo art. 111 CI de 1999, señala: “en los comentarios relativos a la introducción del art. 191 c.p.p. en el *Proyecto del nuevo código procesal penal*, el legislador hace referencia explícita tanto a la sentencia de la Corte Constitucional n. 34/1973 como a la insuficiencia de la normativa precedente en materia de nulidad de las pruebas. Por lo anterior, al disciplinar el nuevo instituto, el legislador ha identificado la naturaleza del «vicio» contra el cual reaccionar (son «prohibidas» las pruebas asuntos en desprecio de los derechos fundamentales asegurados por nuestra Carta constitucional) y ha previsto las reglas destinadas a «sancionarlo» (al fin de asegurar más eficazmente el respeto de aquellos derechos es necesario disciplinar más gravemente, o al menos en modo diferenciado respecto de la tradicional sanción de la nulidad, la inobservancia de las prohibiciones en tema de prueba a tutela de los derechos de la persona)”. La citada autora, continúa señalando que: “al contrario del sistema angloamericano, donde la norma constitucional de referencia es interpretada como un límite explícito a la actividad investigativa, por lo cual la violación de tal fuente primaria comporta sin más la inutilizabilidad de símiles resultados al proceso; la protección de los derechos inviolables consagrados por la Constitución italiana se ha concretado, al menos bajo la óptica del legislador de 1989, a través de la previsión de una norma específica en el código del rito. Así, mientras en la tradición angloamericana basta una violación «formal», donde la inobservancia de las reglas constitucionales integra de por sí la prohibición de ingresar al proceso prueba obtenida sin el respeto de las garantías del *Bill of Rights*; en los Países del *civil law* se requiere una «violación sustancial», donde, normalmente, se prevé una prohibición probatoria solo como consecuencia de la inobservancia de una regla procesal de adquisición”. ALLENA, Gianni, “*Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 161), p. 509, no sólo advierte la imposibilidad de deducir reglas de exclusión probatoria de los arts. 13, 14, 15 CI, sino que además, niega la posibilidad de inferir reglas procesales de eficacia directa.

inadmisibles, ilícitas o ilegítimas”. Sin embargo, la citada autora no logra indicar con precisión el modo en que operaría tal absorción; al contrario, es posible advertir una eventual confusión de planos conceptuales, ya que señala que el “no acoger la categoría de prueba inconstitucional no significa resignarse a tolerar el ingreso de prueba obtenida en desprecio de derechos penalmente tutelados”¹⁹⁴. Con ello se refiere a la denominada «prueba ilícita en sentido técnico italiano», esto es, aquella prueba obtenida con infracción de derecho penal sustancial, que como categoría susceptible de dar lugar a la inutilizabilidad de la prueba es objeto de un animado debate, y cuya relación con el concepto de «prueba inconstitucional» permanece en la absoluta oscuridad.

De hecho, tal como explica ALLENA: “por una parte, un comportamiento ilícito podría no ser considerado inconstitucional (testimonio obtenido con engaño), mientras que un comportamiento evasivo de garantías constitucionales podría no ser considerado ilícito (en caso de omitir el depósito de una pericia). Por otra parte, también puede darse una superposición parcial, en el sentido que la ilicitud de la prueba pueda configurarse como especificación del concepto de inconstitucionalidad, o viceversa, según cuál sea la perspectiva. La elección del punto de vista comporta un análisis, referido al ámbito del proceso penal, de la posibilidad o no que situaciones jurídicas subjetivas constitucionales puedan ser vulneradas mediante comportamientos lícitos. En caso afirmativo, será necesaria una especificación del concepto de inconstitucionalidad en la connotación de aquellos comportamientos que, además de lesionar bienes de interés constitucional, revistan la calificación de ilícitos; en caso de respuesta negativa, la ilicitud deberá ser considerada un presupuesto de la calificación de inconstitucionalidad, donde esta última sí que será una especificación de la primera”¹⁹⁵.

(4) Subsistencia del concepto a propósito de la denominada «prueba atípica»

De particular interés resulta esta especie de postura intermedia, que reconociendo la referida absorción, aprecian en todo caso, la subsistencia del concepto de prueba «inconstitucional» como referida a “aquellos elementos obtenidos con modalidades no

¹⁹⁴ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1778 s. Sobre lo superfluo del mantenimiento de la categoría de «prueba inconstitucional», también: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 204 s. “[la categoría] se revelaba necesaria en el sistema precedente donde se ignoraban alternativas sancionatorias a la nulidad de la prueba *tout court* prohibida, pero las vigentes normas en materia probatoria y en particular, aquellas contenedoras de prohibiciones, parecen actualmente cubrir las hipótesis que en el pasado se encontraban desprovistas de sanción y que, por ende requerían del sostén de tal sistema”; DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’art. 191c.p.p.*”, op. cit. (n. 153), p. 3165, al referirse a la utilizabilidad de la prueba ilícita, señala que “el uso del acto probatorio fruto de conducta reprobada por el derecho penal sustancial como base cognoscitiva, debe considerarse mitigado y limitado en su aparente angulación, por el hecho de que resulta difícil hipotizar que prueba asunta con modalidad lesiva de derechos fundamentales del ciudadano, garantizados por la Constitución, pueda desplegar efectos en el procedimiento penal, ya que tales preceptos han sido totalmente absorbidos por las prohibiciones probatorias que en definitiva le otorgan efectividad”.

¹⁹⁵ ALLENA, Gianni, “*Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 161), p. 507.

disciplinadas por el código del rito y lesivas de derechos del individuo tutelados en la Carta fundamental”¹⁹⁶.

Según esta postura, para comprender tal supuesta «absorción» –entendiendo por tal una pretendida autosuficiencia sistémica y conceptual de la actual disciplina– y para determinar si efectivamente la «prueba inconstitucional» puede o no ser utilizada en el proceso, la cuestión debe ser analizada bajo el prisma de la denominada «prueba atípica» prevista en el art. 189 del c.p.p.i. del siguiente tenor: «1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova».

Así, según CONTI, en el actual sistema probatorio, la cuestión de la «prueba inconstitucional» debe analizarse desde la perspectiva de la regulación de las adquisiciones probatorias no disciplinadas por la ley, esto es, a partir de los límites establecidos en el art. 189 referido a la llamada «prueba atípica». Como explica la citada autora, en conformidad con dicha disposición, “no pueden ser admitidos medios de prueba, medios de búsqueda de la prueba o actos de investigación atípicos que resulten lesivos de la libertad moral o que sean inidóneos para la acreditación de los hechos”, ya que “en el proceso penal, los experimentos epistemológicos únicamente pueden ingresar a través de las formas *típicas* o bien, en modo *atípico*, siempre que estas últimas respeten los *límites* establecidos en el art. 189. De este modo, todo aquello que exceda tales canales adquisitivos debe considerarse *prohibido*”¹⁹⁷.

Sin embargo, la cuestión no es pacífica. Por una parte, están quienes consideran que el art. 189 no impide el ingreso de prueba atípica lesiva de derechos fundamentales, de modo que en ausencia de una norma de ley ordinaria que prohíba la adquisición de prueba atípica inconstitucional el elemento es procesalmente utilizable¹⁹⁸. El fundamento de esta posición radica en el hecho de negar la configuración de una prohibición probatoria a partir del art. 189, ya que la misma sólo puede estar establecida en la ley y no por el juez. En este sentido, GALANTINI precisa que si bien esta modalidad judicial constituye un límite a la eficacia de la prueba; su violación sólo daría lugar a la inutilizabilidad-efecto¹⁹⁹.

En respuesta a esta posición exegética, destaca una tendencia que, invocando las consideraciones ya anotadas, plantea la inconstitucionalidad del art. 189 en la parte en que permite el ingreso de prueba atípica lesiva de derechos fundamentales sin regular los casos y el modo en que operaría tal limitación²⁰⁰. Otros, en cambio, plantean la inutilizabilidad de la prueba atípica inconstitucional identificando la norma ordinaria que prohíbe su adquisición en

¹⁹⁶ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 151.

¹⁹⁷ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 162.

¹⁹⁸ En esta línea: GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 76.

¹⁹⁹ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 111 s. y p. 216.

²⁰⁰ Vid. SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 170; Mientras la Constitución exige que los casos y el modo en que los derechos inviolables pueden ser limitados se encuentren regulados legislativamente; el art. 189 c.p.p.i. no prevé una disciplina detallada sobre los casos y los modos con los cuales el acto lesivo de derechos fundamentales puede ser ejecutado sino que reenvía la determinación de su respectiva modalidad de adquisición al contradictorio entre el juez y las partes.

el art. 191 inc. 1º c.p.i., a través de la interpretación extensiva de la expresión «*divieti stabiliti dalla legge*»²⁰¹.

Una tercera posición –compartida por TONINI/CONTI– esgrime una interpretación constitucionalmente orientada del art. 189, según la cual, dado que dicha disposición no regula los casos y el modo en que los derechos fundamentales pueden ser lesionados, tal silencio debe forzosamente conducir a concluir que, en ausencia de una disciplina *ad hoc*, todo acto limitativo está prohibido. La premisa consiste en considerar que en materia de derechos fundamentales, todo acto lesivo es prohibido, salvo en los casos y en el modo expresamente permitido por la ley para los fines legítimos del proceso penal.

Por tanto, en este orden de ideas, la inutilizabilidad de las pruebas inconstitucionales, no se recaba de la Constitución –como en ocasiones se afirma, evocando la problemática cuestión de base sobre la interacción entre fuentes normativas de diverso grado– sino que del *silenzio* de la ley: la prueba inconstitucional se reconduce a una prohibición probatoria implícita que se recaba de aquello que el código no prevé. Así, el art. 189 c.p.i. sólo serviría para introducir aquellas «pruebas atípicas» que no sean lesivas de normas constitucionales y que por tanto no requieran una disciplina legislativa expresa²⁰².

De extrema relevancia en vistas a la construcción del «fundamento» de la regla de exclusión – que es el tema discutido en esta sección – son las reflexiones de CONTI yTONINI que a continuación se destacan.

“En conclusión, dado que el Estado sólo puede punir al individuo en los casos en que tal potestad se encuentre expresamente permitida por las normas de derecho penal sustancial; del mismo modo la autoridad puede acreditar, si es del caso lesionando derechos fundamentales (tales como la libertad personal, la libertad de domicilio, la libertad de comunicaciones), sólo a través de los instrumentos probatorios que se encuentran *disciplinados por la ley*, sea en su *tipicidad* como en su *atipicidad* (art. 189)”²⁰³, restando las primeras excluidas de una interpretación analógica en tal sentido (por cuanto se trataría de una interpretación *in malam partem*) y considerando las segundas dentro del principio de autosuficiencia del sistema probatorio, según el cual es posible recabar del sistema una norma general implícita en orden a que todo cuanto no se encuentre expresamente permitido, es prohibido. Por esta vía, tal prueba sería inutilizable *ex art. 191*, sin necesidad de forzar el significado del término «ley» contenido en el mismo, y por ende, sin que sea necesario invocar una operatividad directa de las normas constitucionales.

²⁰¹ GAITO, Enzo, “*Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni a mezzo microspie*”, en *Giurprudenza penale italiana*, 1991, II, c. 430-432; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 137, señala que la referencia a las prohibiciones probatorias establecidas en defensa de la libertad moral de la persona, asume –a la luz de los arts. 190 inc. 1º y 191– el significado de parámetros, límites suplementarios de orden extrínseco para la valoración de admisibilidad que el juez es llamado a formular.

²⁰² TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 190 s.

²⁰³ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 171. La importancia de esta impostación radica en el hecho de que el acto adquisitivo atípico lesivo de derechos fundamentales resulta prohibido, con prescindencia de la identidad del sujeto que cifre tal actividad, esto es, sea o no extraño al proceso penal, *vid. p. 174*.

La auténtica dificultad no consiste en determinar *si* una prueba inconstitucional es o no «*inutilizzabile*», cuestión que se extraería de una lectura constitucionalmente orientada del código, sino que la cuestión es evaluar *si* una prueba puede ser «*incostituzionale*». En otras palabras, el problema radica en establecer cuándo una adquisición atípica lesiona un derecho fundamental y cuál es el grado que debe revestir tal lesión. A su juicio, en este sentido es la jurisprudencia la que –con un alto grado de discrecionalidad– deberá efectuar un control análogo a aquél concerniente a la individualización de las prohibiciones probatorias, es decir, más allá del grado de lesión del tipo de adquisición en abstracto, corresponde establecer la naturaleza y el rango del interés violado²⁰⁴.

Se entiende que, en esta constelación de ideas, “los límites a la «legalidad de la prueba» interpretados a la luz de los principios constitucionales configuran una red selectiva del material, que puede ser legítimamente utilizados en el procedimiento. En tal cuadro, más que una fuente directa de prohibiciones probatorias, la Constitución constituye un parámetro hermenéutico para individuar los límites que sean implícitamente recabables del sistema del código”, donde la infracción de las reglas del proceso constituye un indicio de la lesión de principios constitucionales, siempre que se trate de reglas dispuestas en actuación de tales principios y, sin perjuicio de que luego deban ser constantemente adecuadas a dicha tabla de valores²⁰⁵.

IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco del «fundamento» general del régimen de exclusión de prueba

De todo cuanto anotado, resulta que esta investigación centra su atención en lo sucesivo en el exámen de la «prueba prohibida» fundada en la violación de derechos fundamentales, esto es, –en el contexto italiano– los casos de inutilizabilidad patológica (especial y general) tendientes a tutelar preponderantemente esta clase de valor o interés ético, que en España tiene expresa consagración normativa en el art. 11.1 LOPJ. A mi juicio, esta última, puede considerarse una referencia explícita de aquella «prohibición general» que la posición doctrinal tendiente a una lectura constitucionalmente orientada del art. 189 c.p.p.i. sobre «prueba atípica lesiva de derechos fundamentales» construye a través de un principio de autosuficiencia del sistema. Esto por cuanto, más allá de reconocer o no a la Constitución como fuente directa de prohibiciones probatorias, ambas finalmente acuden a ella como criterio hermenéutico determinante para la procedencia o no de la exclusión de este tipo de pruebas. A ello se debe que se haya adelantado como nudo crítico la posibilidad de deducir o no prohibiciones tácitas del ordenamiento. Es también el criterio general de «lesión de derechos fundamentales», el que impone interrogarse sobre la naturaleza precisa –sustancial o procesal– habilitante para la aplicación de la regla. Me parece que en este sentido, desentrañar la posibilidad de advertir en la inutilizabilidad fisiológica la existencia de una prohibición de base, se conecta con la

²⁰⁴ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 104 s. y 191.

²⁰⁵ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 246 s.

discusión española en orden a la prueba irregular, configurándose con mayor claridad el segundo nudo crítico identificado al inicio de estas páginas.

En esta constelación de ideas –en vistas al objetivo trazado–, a modo de conclusión del presente capítulo y de introducción del segundo, se exponen a continuación las consideraciones que suscita el examen del panorama general y comparado que se acaba de efectuar.

1. La absoluta relevancia de una debida aprehensión del fundamento del régimen general de exclusión de prueba que se ha sintetizado en la sección anterior es el primer paso a una concreción del fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita.

Hace años que ya, MIRANDA ESTRAMPES lo ponía de manifiesto, señalando que “el debate acerca del fundamento de la regla de exclusión no es baladí ni accesorio sino que representa una importancia crucial dentro de la doctrina sobre la prueba ilícita [*rectius* «regla de exclusión de prueba ilícita»], pues condiciona su propia naturaleza así como su alcance y efectos”²⁰⁶. Sin embargo, según se sostiene en esta tesis, no es suficiente para asegurar el especial carácter prescriptivo que debiese reconocerse a una regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales.

2. La cuestión sobre una especial fundamentación para esta clase de regla no ha sido abordada en plenitud; y ello ha conducido a que en ocasiones el argumento parezca mimetizarse y, en definitiva, confundirse con la naturaleza jurídica de la regla.

En efecto, –como da cuenta la revisión de los enfoques tradicionales– las opciones se han encaminado en torno a dos clases de posibles «fundamentos». El primero de carácter «instrumental» a la protección de derechos fundamentales, comúnmente conocido como «efecto disuasorio» de la regla de exclusión, articulado en el sistema jurídico norteamericano. Y, una segunda clase de argumento de tipo «material», el que –a su vez– puede revestir: un carácter «formal» como es el caso italiano en que el fundamento de la regla de exclusión constituye una exigencia del respeto al principio de legalidad; o bien, «sustancial», como es el caso español –según una doctrina casi unánime– en que el fundamento de la regla obedece a una especial protección de los derechos fundamentales del individuo.

Sin embargo, en este orden de ideas –como se decía– los enfoques no parecen suficientes ni completamente adecuados para resolver la cuestión con propiedad, toda vez que los tres pueden considerarse reglas de exclusión de carácter preponderantemente ético (conforme a la clasificación general de las reglas de exclusión de prueba) y que se concreta en una especial protección de los derechos fundamentales del individuo.

²⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 137.

Síntoma de ello se aprecia en el hecho de que el enfoque «material», a pesar de descartar el argumento «instrumental», termine muchas veces recurriendo a él para justificar la aplicación o desaplicación de la regla, en base –precisamente–, a un supuesto fin «disuasorio»; cuyo ejemplo paradigmático se haya en la conocida como «doctrina de antijuridicidad» española desarrollada por el TC a partir de su sentencia 81/1998. Aporía que la dogmática italiana considera «oportuno» aplicar –*de iure condendo*– en los casos de «prueba atípica» con violación de derechos fundamentales. Esta última expresión es la que abre la puerta a iniciar un discurso argumentativo a partir de un método axiológico (ético-político), pero que esta vez conduzca a interrogarse sobre el fundamento propio de la regla de exclusión de prueba ilícita, a explicar el por qué de su *deber ser* en un determinado ordenamiento jurídico.

3. Necesidad de determinar un «fundamento propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita, a explicar el por qué de su *deber ser* en un determinado ordenamiento jurídico.

Éste es el cabo suelto que impide que los enfoques «materiales» puedan mantenerse fieles o consistentes a sus postulados, y tengan pie para la introducción de casos de excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita, en los mismos términos en que lo permite un enfoque «instrumental».

En efecto –a riesgo de errar colosalmente–, según el análisis expresado en el apartado anterior, resulta que el denominado enfoque «instrumental», del que los sistemas de *civil law* pretenden desmarcarse, no dista diametralmente de éstos desde la perspectiva del fundamento al régimen general de exclusión de prueba basado en la tutela del valor de intereses extraprocerales. De hecho, el sistema norteamericano sí contempla la existencia de una regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales y sí la justifica desde una perspectiva de *extrinsic policy*; otra cosa es que debido a su particular sistema constitucional, desde la óptica de la naturaleza jurídica de la norma le atribuya un carácter instrumental. De este modo, se advierte cómo es que considerar al enfoque «instrumental» como una alternativa válida de fundamento de la regla de exclusión, resulte ser una aporía, ya que la misma –en estricto rigor– no explica su existencia, sino que su respuesta se limita indicar los casos (o el *por qué*) una regla de exclusión de prueba ilícita debe o no ser aplicada, pero suponiendo ya su existencia, que no es otra que la tutela y protección de derechos fundamentales.

4. Necesidad de distinguir entre el «fundamento propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita y la naturaleza jurídica de la norma.

Conectado a lo anterior surge una segunda observación crítica. Es crucial distinguir adecuadamente entre el fundamento del régimen general de exclusión de prueba, de un fundamento especial de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales. Es esta constatación la que motiva que esta tesis se detenga a intentar dilucidar

qué es lo que realmente exige la existencia de una regla de exclusión de prueba ilícita en un ordenamiento jurídico, es decir, cuál es su *deber ser* «propio». Y ello es así, porque de otro manera se corre el peligro de confundir esta última con otra cosa bien distinta que es la «naturaleza jurídica» de la regla de exclusión de prueba ilícita.

La naturaleza jurídica de la norma ya no responde al *por qué* un ordenamiento jurídico debe reconocer la existencia de una regla de exclusión de este tipo; sino que contesta a la pregunta sobre *cuál debe ser* su ubicación dentro de la estructura normativa vigente en un determinado ordenamiento jurídico, en modo que la posición/carácter que se le atribuya sea coherente con el sistema jurídico en su conjunto y fiel a su fundamento. Como ha quedado demostrado con lo dicho acerca del sistema norteamericano, resulta que una atribución de naturaleza jurídica no consistente con el fundamento particular que se le de a la regla puede redundar en otorgarle una especie de existencia «precaria» e «intermitente».

De ahí que la cuestión no pueda ser resuelta desde la «perspectiva externa» referida al fundamento del régimen de exclusión general de prueba y que sea necesario cabilar la posibilidad de un fundamento propio, sobre todo porque lo que anotamos a modo de «intuición», también es percibido en cierto modo por los enfoques materiales referidos.

En efecto, si se lanza una mirada transversal a la argumentación planteada por el enfoque «material» de ambos ordenamientos se revela la pretensión de reconducir el fundamento de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, al Estado de Derecho. El problema es que, luego de tal afirmación, cual «*Columna de Hércules*», –salvo contada doctrina– no se continúa a escavar en él. De ahí que la presente investigación se introduzca en este túnel, aprovechando el camino iniciado por dicha mentada doctrina, en modo de relevar los *principia iuris tantum* que sea posible recabar de tal referencia al concepto de «Estado de Derecho».

Atendida la extensión del asunto, el capítulo siguiente está dedicado a la «naturaleza jurídica» que se ha atribuido a la regla de exclusión de prueba ilícita a partir de los enfoques tradicionales; así como la incidencia que ello ha tenido en la determinación de su supuesto de aplicación y en la determinación de sus efectos. Todo a objeto de completar el cuadro crítico-descriptivo, antes de proceder –en el *capítulo final conclusivo*– con su propuesta de solución a partir de una reconsideración de su fundamento a la luz del paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho.

Capítulo Segundo

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LOS ENFOQUES TRADICIONALES MATERIALES Y SU RÉGIMEN DE EFECTOS

SUMARIO: I. «Naturaleza jurídica» de la regla de exclusión desde la perspectiva del titular del «derecho fundamental a la prueba»; 1. Contenido del derecho a la prueba en su sentido subjetivo: a) Marco normativo del derecho a la prueba; b) Medios de impugnación; 2. Contenido del derecho a la prueba en su sentido objetivo: configuración del «régimen de exclusión de prueba»: a) Reglas de admisión probatoria para la fijación del «*thema probandum*»; b) Reglas de admisión dirigidas al control de legitimidad/licitud de la prueba; 3. Consecuencias procesales de la consideración de la regla de exclusión subordinada como «límite» al derecho a la prueba: a) Diversas aproximaciones a su naturaleza jurídica: deber, sanción y carga procesal; b) Interpretación restringida de los límites al derecho fundamental a la prueba. II. «Naturaleza jurídica» de regla de exclusión desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto italiano; 1. Garantía subjetiva del derecho fundamental al «debido proceso»; 2. Régimen procesal para exigir su aplicación: a) Audiencia preliminar con carácter no «preclusivo»; b) Al inicio del juicio oral y durante su desarrollo; c) Efecto de la aplicación de la regla de exclusión; 3. Régimen de impugnación en caso de inaplicación de la regla de exclusión: a) Debate sobre la naturaleza jurídica del «vicio» y causal invocada; b) Recurso de Apelación y Recurso de Casación; 4. Efecto reflejo y prueba derivada: a) Breve distinción entre prueba refleja y prueba derivada; b) Posición doctrinal contraria a la inutilizabilidad derivada; c) Posición doctrinal favorable a la inutilizabilidad derivada; d) Particular referencia al registro prohibido y los efectos del secuestro sucesivo: *male captum bene retendum* y «cuerpo del delito»; 5. Prueba prohibida «*favor rei*» y utilizabilidad «*in bonam partem*»: a) Utilizabilidad *in bonam partem* en el Código de 1930; b) Utilizabilidad *in bonam partem* en el Código de 1989. III. Debate acerca de la «naturaleza jurídica» del art. 11.1 LOPJ desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto español; 1. Posición minoritaria: art. 11.1 LOPJ como Regla de exclusión en el contexto español: a) Regla de exclusión como garantía subjetiva integrada en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías; b) Regla de exclusión como garantía subjetiva integrada en cada derecho fundamental sustancial; 2. Posición mayoritaria: art. 11.1 LOPJ como garantía procesal del derecho a la presunción de inocencia: prohibición de valoración: a) Posición doctrinal mayoritaria; b) Actual tendencia jurisprudencial del TC (2011-2016); c) Actual tendencia jurisprudencial del TS (2011-2016); 3. Análisis de los argumentos esgrimidos por la posición mayoritaria para negar la naturaleza jurídica de la regla de exclusión al art. 11.1 LOPJ: a) La consagración del art. 11.1 LOPJ a nivel legal y no constitucional; b) Lectura [errónea] de la STC 114/1984; c) Lectura [errónea] de la STC 81/1998: i) STC 114/1984 y descarte del derecho fundamental a la presunción de inocencia; ii) STC 81/1998 y derecho a la presunción de inocencia; d) Ausencia de recurso en contra de la resolución que admite la prueba; e) Inexistencia de una instancia procesal autónoma para su alegación; 4. Régimen procesal del art. 11.1 LOPJ: a) Régimen procesal para exigir la aplicación del art. 11.1 LOPJ: i) Ausencia de norma expresa en fase intermedia e insuficiente estructura; ii) Al inicio de la vista del juicio oral sin carácter preclusivo; iii) En los informes sobre la prueba y en las calificaciones definitivas; b) Efecto de la aplicación del art. 11.1 LOPJ: i) Posición mayoritaria partidaria de la resolución del asunto en la sentencia: no valoración; ii) Posición minoritaria y expulsión del material ilícito; c) Régimen procesal en caso de inaplicación del art. 11.1 LOPJ; 5. Efecto reflejo y prueba derivada: a) Sobre el reconocimiento del efecto reflejo; b) Premisas de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad»: i) Nueva naturaleza jurídica de la garantía del art. 11.1 LOPJ; ii) Carácter relativo de las limitaciones a los derechos fundamentales y carácter «restringible» de la garantía de inadmisión; c) Contenido del juicio de experiencia de la doctrina de conexión de antijuridicidad: i) Perspectiva interna: índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado; ii) Perspectiva externa: necesidad de tutela y efecto disuasorio; d) *Male captum bene retendum* bajo la fórmula «fin constitucionalmente legítimo»; 6. Excepciones a la aplicación del art. 11.1 LOPJ: a) Excepciones en

materia de prueba originaria: i) Excepción de buena fe; ii) Prueba ilícita *favor rei*; b) Excepciones en materia de efecto reflejo: i) Declaración voluntaria del imputado en instrucción y/o juicio oral; ii) Descubrimiento probable o hipotéticamente independiente; IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco de la «naturaleza jurídica» de la regla en el régimen general de exclusión de prueba; 1. Inefectividad del principio de neutralidad psíquica del juzgador; 2. Similares problemáticas respecto de la impugnación en caso de inaplicación de la norma; 3. Generalizada resistencia a reconocer la aplicación del efecto reflejo.

Contrariamente a cuanto se sostendrá en esta tesis, en el ordenamiento jurídico italiano y una posición minoritaria de la doctrina española, se otorga a la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales la «naturaleza jurídica» de «límite» al derecho fundamental [procesal] a la prueba. Es decir, desde la perspectiva del titular del derecho a la prueba (sujeto activo de la prueba, en el sentido de quien pretende valerse de ella), se pone en un mismo nivel tanto a las reglas de exclusión epistémicas como extraepistémicas. En circunstancias que, dentro de estas últimas, debiese someterse a especial consideración aquellas referidas a la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales sustanciales (éticas).

En efecto, la gran mayoría de la doctrina española, pese al fundamento de la posición preferente de los derechos fundamentales, niega su naturaleza jurídica de «regla de exclusión» y por ende, se limitan a advertir una garantía procesal de carácter objetivo a favor del sujeto pasivo de la prueba, esto es, desde la óptica del sujeto en contra de quien se pretende hacer valer un medio de prueba obtenido con infracción de derechos fundamentales. Como se verá, ello implica que se desconozca la existencia de una garantía de inadmisión de la prueba, circunscribiéndola a la previsión de una prohibición de valoración, con variaciones eso sí en torno a la ubicación concreta de la misma al interior del ordenamiento jurídico.

El modo de concebir la naturaleza jurídica de la norma tiene importantes repercusiones a la hora de determinar su supuesto de aplicación y, en definitiva, la consideración del contenido de su efecto y el tratamiento procesal en términos de oportunidad de denunciarla. Intentaremos describir el cuadro de la manera más clara posible, iniciando por este segundo aspecto, dejando su supuesto de aplicación para el *capítulo tercero*.

I. «Naturaleza jurídica» de la regla de exclusión desde la perspectiva del titular del «derecho fundamental a la prueba»

1. Contenido del derecho a la prueba en su sentido subjetivo

a) Marco normativo del derecho a la prueba

En Italia, el «derecho a la prueba» se hace descender del art. 111 inc. 2º de la CI, esto es también en la disposición que contiene las denominadas garantías procesales, con el siguiente tenor: «Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a

suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e *l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo».

Luego, el art. 190 c.p.p.i., titulado –justamente– «*Diritto alla prova*», prescribe que: «N° 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio. 3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio».

En España, una posición minoritaria representada por PICÓ I JUNOY, sí reconoce a la norma del art. 11.1 LOPJ, la naturaleza jurídica de una regla de exclusión y, consecuentemente la naturaleza de límite al derecho a la prueba. En este sentido, el citado autor explica que en España, el derecho fundamental a la prueba se encontraría consagrado en el art. 24 N° 2, inc. 1° CE, que entre los derechos fundamentales de carácter procesal señala que: «N° 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, *a utilizar los medios de prueba pertinentes* para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia»²⁰⁷. De todos modos, la doctrina en general, independientemente de la concreta consideración de regla de exclusión, asocia el tema de la prueba ilícita desde su virtualidad de límite al derecho a la prueba²⁰⁸.

Así, en atención al doble carácter objetivo y subjetivo, que el TC suele reconocer a los derechos fundamentales; se concluye que mientras en el primer sentido, el derecho fundamental se conforma como una garantía procesal del conjunto normativo, en cuanto valor asumido por el sistema con carácter vinculante en el ordenamiento jurídico; en su dimensión subjetiva, en cambio, constituye propiamente un derecho del titular en la medida en que atribuyen a una persona el poder de ejercitarlos, y así le habilita para reclamar su debida protección.

Con todo, desde un plano normativo constitucional, es posible advertir que mientras en Italia el derecho a la prueba se encuentra establecido únicamente respecto del proceso penal con la concreción de sus límites en la norma subordinada del art. 191 c.p.p.i; en España, en cambio, –a pesar de su ubicación con otras garantías propias del proceso penal– el mismo está

²⁰⁷ CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español”, op. cit. (n. 112), p. 454, señala que: “En puridad, ningún precepto de la CE de 1978 exige que las pruebas ilícitas, esto es, las obtenidas con violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sean inadmitidas y, en todo caso, sean ineficaces de cara a desvirtuar la presunción de inocencia. Antes al contrario, el art. 24.2 CE consagra, con rango de derecho fundamental, el de “...utilizar los medios pertinentes para su defensa (...)”.

²⁰⁸ A vía ejemplar, ver también GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, op. cit. (n. 113), *passim*, p. 29-44.

previsto con carácter general para todo tipo de proceso. En efecto, en este último ordenamiento el art. 11.1 no se encuentra en la LECrim sino que en la LOPJ, cuyo numeral 1º inicia señalando su aplicación a todo tipo de proceso; contando a su vez con su símil en el art. 287 de la LEC. Esta última disposición, contiene –según algunos– el tratamiento procesal en caso de admisión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales en el proceso civil, de aplicación supletoria al proceso penal, en virtud del art. 4 del mismo cuerpo legal.

El contenido del derecho a la prueba en su sentido subjetivo, habilita a su titular para la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, con un triple contenido: *i)* el derecho a la admisión de la prueba; *ii)* derecho a la práctica de la prueba; *iii)* derecho a la valoración de la prueba. Con todo, la inclusión de este último extremo es discutido en España²⁰⁹.

Como explica PICÓ I JUNOY, respetados los límites de admisibilidad –que constituyen la garantía objetiva de este derecho y de que se tratará en el siguiente apartado– implica que la prueba debe ser admitida por el Juez y, consecuentemente con ello, se origina el poder de exigir la práctica de toda actividad probatoria que haya sido admitida pues, en caso contrario, se estaría en presencia de una denegación tácita del citado derecho. Luego, el ejercicio del mismo comprende el “derecho a intervenir en la práctica de los diversos medios probatorios, independientemente de quien los haya solicitado, e incluso en los realizados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional”²¹⁰. Con todo, es conveniente precisar que –como explica CAAMAÑO– “el contenido operativo del derecho a la prueba, en su vertiente de derecho reaccional frente al juzgador, esto es, como derecho a que se practique la prueba ya admitida, no comporta una reducción de los contenidos del derecho como para permitirnos asegurar que la no práctica de la prueba admitida suponga siempre una lesión de este derecho fundamental”, sino que de lo que se trata es que la no práctica se deba a motivos exclusivamente imputables al juzgador²¹¹.

En este orden de cosas, ambos ordenamientos entienden que el «principio de contradicción» forma parte del contenido (entiéndase núcleo) del derecho a la prueba en orden a la posibilidad efectiva de participar en la rendición de los medios probatorios. Sin embargo, esta garantía tan sólo en Italia se encuentra prevista a nivel constitucional –con carácter general– en el inc. 1º del art. 111 CI («Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»); disponiendo además, en su inc. 3º, lo que se denomina «principio de contradicción fuerte», previsto sólo en sede penal, según el cual «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella *formazione* della prova».

²⁰⁹FERRER BELTRÁN, Jordi, “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 47, 2003, p. 28 ss. explica cómo es que agotar el alcance del derecho a la prueba en los dos primeros elementos resulte manifiestamente insatisfactorio.

²¹⁰PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 538 s.

²¹¹CAAMAÑO, Francisco, “El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 10, mayo-agosto 2010, p. 130 s.

Por último, dado que el derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, la no valoración de la prueba rendida también frustra el derecho a la prueba en su tercer contenido. Sin embargo, en el contexto español, se denuncia la existencia de una antinomia a este respecto. Así, IGARTUA SALAVERRIA hace presente la contradicción de afirmar por una parte, el hecho de que el juez no esté obligado a exponer y valorar la motivación de todos los medios de prueba, bastando con que indique sólo los elementos que fundamentan su convencimiento; y por otra, apreciar un defecto de motivación de la sentencia, que habría de considerarse nula, cuando el juez haya pasado por alto elementos decisivos cuya valoración hubiera conducido a una conclusión distinta²¹².

En efecto, es relevante hacer presente desde ya que, no obstante el reconocimiento de este contenido del derecho a la prueba, en España el mismo no encuentra identidad en la configuración del denominado «procedimiento probatorio». Este último, a diferencia de lo que sucede en Italia, se entiende constituido únicamente por las fases de proposición, admisión y práctica de la prueba, dejando fuera la fase de valoración²¹³.

b) Medios de impugnación

En Italia, el ejercicio subjetivo de esta garantía, esto es, en los casos en que alguno de estos contenidos no se haya respetado, sea que se haya excluido una prueba que en cambio sí debía ser admitida, o en caso de no valoración de una prueba rendida, el titular ejerce los recursos pertinentes directamente a través del derecho fundamental a la prueba y el debido proceso.

En España, para recurrir de la sentencia por considerar que se expulsó prueba no debiendo hacerlo, al tratarse de un vicio *in procedendo*, se entiende que el titular del derecho a la prueba debe basarse en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o bien, el derecho a la prueba pertinente, a través de la interposición del correspondiente recurso de casación *ex art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim*²¹⁴. Que se trate de un vicio *in procedendo*, implica

²¹² IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, op. cit. (n. 53), p. 199 s.

²¹³ BARONA VILAR, Silvia, “La prueba (I)”, en A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), p. 391 ss.; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 283 ss.

²¹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba* (1ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009), p. 19 ss.; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, op. cit. (n. 10), p. 152 s.; PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, op. cit. (n. 210), p. 540; RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita* (1ª ed., Granada, Comares, 1998), p. 273 s.: “La legitimación del MP se puede decir que es doble en este caso, en cuanto que puede denunciar tanto la vulneración de los derechos fundamentales de las restantes partes privadas, como, en el plano de igualdad con las partes acusadoras, la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el art. 24 CE, en particular a obtener la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes, en el supuesto de que se haya inadmitido, como consecuencia de haberse declarado nulo por ilícito, un medio de prueba del que pretendía valerse en el juicio”. Para una crítica acerca de la titularidad de la parte acusadora sobre el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa, *vid.* CAAMAÑO, Francisco, “El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 127, “...en mi opinión, que

que de acogerse el recurso el Tribunal debe ordenar la anulación de la resolución que puso fin a la instancia, y la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, para que el Juez o el Tribunal dicte nueva resolución valorando, ahora sí, la prueba que había sido indebidamente excluida del cuadro probatorio. Este extremo ha sido criticado por CAMPANER MUÑOZ, ya que ello podría afectar al acusado que se haya acogido a su derecho a guardar silencio, ya que no podrá corregir su decisión (STS 343/2012, 30 de abril)²¹⁵.

Luego, en general, se entiende que el régimen de exclusión de prueba opera como límite únicamente respecto de este primer contenido, es decir, se concretan como «reglas de admisión probatoria». Sin embargo, la cuestión requiere apuntar ciertos matices ya que la identificación de prohibiciones probatorias como limitaciones a los restantes contenidos del derecho a la prueba es un punto de opiniones encontradas, y que se relaciona íntimamente con la naturaleza jurídica del derecho fundamental susceptible de infracción como supuesto de aplicación de la regla de exclusión subordinada; así como con el modo en que se ha dado operatividad al reclamo procesal al respecto.

2. Contenido del derecho a la prueba en su sentido objetivo: configuración del «régimen de exclusión de prueba»

Visto el contenido atribuido al derecho a la prueba, unido a la vigencia –en sede penal– del principio de libertad de prueba, en que las partes deban poder utilizar todos los medios de prueba relevantes para la decisión (sea porque ello consienta una más amplia realización del derecho a la prueba, sea porque con ello se aumenta la posibilidad que en el proceso se alcance la acreditación de la verdad de los hechos); resulta como regla fundamental el que todas las pruebas relevantes deben considerarse por ese solo hecho admisibles, salvo que normas particulares (que representan excepciones a la regla) prevean su exclusión.

Este extremo se encuentra íntimamente ligado con la admisión de pruebas atípicas y la concepción del denominado «derecho probatorio» que se adopte en cada ordenamiento, en orden a sostener una versión «inclusiva» o «restrictiva» del principio de relevancia de la prueba. Esto es, si el principio es que todas las pruebas relevantes para establecer la verdad de los hechos deban por ese sólo hecho ser admitidas, salvo que se establezca expresamente lo contrario (inclusiva) o si en virtud de una concepción de la prueba estrictamente legalista, el catálogo de medios de prueba deba considerarse vinculante y completo y por ende deban ser admitidas únicamente las pruebas específicamente reguladas por el derecho²¹⁶. En este sentido, en principio, ambos ordenamientos se alistan en una concepción inclusiva, favorecedora de una

la infracción de la normativa legal por la que se reconoce a los acusadores la facultad de solicitar del juez la práctica de determinadas diligencias instructoras tendentes al esclarecimiento del delito no puede suponer en ningún caso una lesión del derecho fundamental del que ahora tratamos”.

²¹⁵ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 220.

²¹⁶ TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 54 s.

admisibilidad general de las pruebas. Tanto es así, que incluso en España, DEL MORAL GARCÍA señala que “en caso de duda sobre la licitud o no de la prueba, la regla ha de ser la admisión, difiriendo al momento de la sentencia la decisión sobre tal cuestión”²¹⁷.

En consecuencia, el legislador ya no es libre de introducir reglas de exclusión sobre la base de razones de simple oportunidad: no sólo cada regla de exclusión debe ser amparada por una razón específica, sino que ésta debe ser suficiente para justificar la derogación o la limitación al principio de libertad de prueba. En otras palabras, la exclusión de una prueba puede ser consentida en la medida que satisfaga una exigencia de tal importancia que sea capaz de prevalecer a la actuación del derecho a la prueba y a la obtención de la verdad judicial²¹⁸, y que son precisamente las que se han identificado –desde una perspectiva externa– como reglas de exclusión extraepistémicas y epistémicas²¹⁹. Las mismas que en el contexto español PICÓ I JUNOY identifica como límites intrínsecos y extrínsecos²²⁰.

²¹⁷ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 149.

²¹⁸ TARUFFO, Michele, “*Note per una riforma del diritto delle prove*”, op. cit. (n. 11), p. 261.

²¹⁹ TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit. (n. 65), p. 167; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 11 ss. y 20 ss., donde señala que las prohibiciones establecidas a tutela de la acreditación tienen una naturaleza objetiva, mientras que las prohibiciones dispuestas en protección de derechos fundamentales del individuo tienen una naturaleza subjetiva y que ambos componentes pueden concurrir en la determinación de una regla de exclusión de prueba, comprendiéndose incluso intereses supraindividuales, tales como el secreto de Estado; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 102; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 139 s.; BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, op. cit. (n. 72), p. 384. Se trata de prueba que ha sido adquirida *contra legem*, comprendiendo tanto la prueba expresamente prohibida como aquella cuya formación o adquisición se ha efectuado con infracción de derechos constitucionalmente tutelados; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 536. se trataría de una prohibición que tiene la función de proteger intereses externos al proceso (como derechos inviolables) o de eliminar medios de prueba de naturaleza inatendible. UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 31. Distingue reglas que se fundamentan en exigencias de carácter político (o sustancial) y aquellas que se basan en exigencias epistemológicas (o procesales); AMODIO, Ennio, “*Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*”, op. cit. (n. 72), p. 375; Tales categorías son muy similares también con la clasificación de las prohibiciones probatorias ofrecida por GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 248. El citado autor, sobre la base del criterio del interés involucrado en cada previsión normativa, y con el objeto de evitar una excesiva dilatación del instituto, identifica “tres clases de prohibiciones que darían lugar a la inutilizabilidad: en primer lugar, las prohibiciones dirigidas a proteger los derechos fundamentales de la persona (por ejemplo: arts. 62, 63, 64 inc. 2°, 188 c.p.p.); prohibiciones dictadas en razón del *thema probandum* (arts. 194, 202, 234, y 240 c.p.p.), entre las cuales se encuentra, en particular, la prohibición de disponer la pericia criminológica de acuerdo a lo establecido en el art. 200 c.p.p. y las prohibiciones previstas en favor de determinadas personas cuando éstas actúan en determinadas situaciones subjetivas, como por ejemplo, los detentadores de un secreto calificado (arts. 197, 199, 200, 201 c.p.p.). Luego, a juicio del autor, deben analizarse las prescripciones referidas al *quomodo* de la operación probatoria, distinguiendo: por una parte, las normas previstas en garantía del método adquisitivo y que se traducen en inutilizabilidad; las normas que no describen la figura mínima de la hipótesis procedimental y que, en cambio, comportan una mera irregularidad, sin perjuicio de las responsabilidades penales o disciplinarias que correspondan (art. 124 c.p.p.), cuya eventual transgresión no hace venir menos la identidad de la prueba”. AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), p. 326 y 329; NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 470.

²²⁰ Sin embargo, la clasificación ofrecida por el autor no se encuentra referida únicamente a las reglas de exclusión sino que a las limitaciones en general. Por ello es que dentro los límites extrínsecos, comprende aquellos que “vienen impuestos por los requisitos legales de proposición de las pruebas”. Señala que éstos, a su vez, pueden ser

Apuntado que los límites sólo pueden ser puestos –para la opinión mayoritaria de la doctrina de ambos sistemas jurídicos– en la fase probatoria de admisión de prueba; y no en la fase de práctica y valoración, corresponde establecer cómo queda delineado el complejo «régimen de exclusión de prueba».

a) *Reglas de admisión probatoria para la fijación del «thema probandum»*

Como indica TARUFFO, el concepto de «relevancia» es especialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles: “es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos. Este estándar es obvio como medio para excluir la adquisición de pruebas que no serían de ninguna utilidad en la adopción de la decisión sobre los hechos en litigio: se aplica en todos los sistemas procesales, aunque algunos de ellos no lo estipulen *expressis verbis* como una condición para la admisibilidad de las pruebas”²²¹.

De esta forma, “la fijación del *thema probandum* es el primer y esencial paso de un sistema que pretenda realizar la dialéctica entre las partes, es decir, el contradictorio y, en particular el derecho de defensa y el derecho a la prueba”²²².

En el marco italiano los límites establecidos para la satisfacción de este objetivo se encuentran dispuestos en el art. 190 N° 1, segunda parte, referido a la superfluidad y relevancia de la prueba, que han de conjugarse con el art. 187 c.p.p.i. Esta última norma prevé el límite denominado «pertinencia» de la prueba, es decir, su función es señalar aquello que puede y debe constituir el objeto de la investigación. El art. 187 c.p.p.i. indica como «objeto de prueba»: N° 1, los hechos referidos a la imputación, a la punibilidad y a la determinación de la pena o de la medida de seguridad; N°2, los hechos de los cuales depende la aplicación de normas procesales; y, N°3, en caso de constitución de parte civil, los hechos inherentes a la responsabilidad civil derivada del delito.

En este sentido, a juicio de DE LUCA el nuevo sistema ofrece, por primera vez en la Europa continental de época moderna, un modelo ejemplar para la teoría procesal de la argumentación jurídica, que supone “la reducción de la complejidad del material probatorio a

genéricos o específicos, según si afectan a cualquier medio probatorio o sólo sobre un tipo de prueba. Dentro de los límites genéricos extrínsecos se ubican los requisitos de legitimación y temporales; mientras que los límites específicos se encuentran aquellos referidos sólo a un determinado medio de prueba. A propósito de estos últimos, estarían aquellas reglas de exclusión analíticas que tengan por objeto el control de la legitimidad de la prueba y que, en tal sentido debiesen estar incluidos bajo los límites intrínsecos, donde no sólo incluye al control de licitud del art. 287 LEC y 11.1 LOPJ, sino además la pertinencia y utilidad, PICÓ I JUNOY, Joan, “*El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*”, op. cit. (n. 210), p. 548 s.

²²¹TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 38.

²²²NOBILI, Massimo, sub *art. 187*, op. cit. (n. 62), p. 390 s.

través de un conocimiento selectivo que comporta la adopción de reglas de exclusión de la prueba”²²³.

Según NOBILI, lo anterior incluye un pronunciamiento sobre: *i*) la «superfluidad» de la prueba, esto es, que la prueba solicitada no parezca reiterativa respecto de cuanto ya resulta de otra manera comprobado o comprobable; y *ii*) la «irrelevancia» o «no-pertinencia» de la prueba, es decir, declarar los casos en que la prueba tendría un objeto *a priori* no correspondiente con el parámetro fijado por el art. 187. En ambos casos la potestad de no admisión de dichas pruebas, se encontraría limitada a las hipótesis en que el carácter de «superfluidad» o «no pertinencia-relevancia» resulte de un modo «manifiesto» (art. 2 n. 69 de la ley delegada)²²⁴.

En el sistema español, por su parte, ambos requisitos, se encuentran previstos en el art. 283 LEC, numerales 1 y 2, del siguiente tenor: «1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos»; que según PICO I JUNOY constituyen dos de los límites intrínsecos a la prueba. Respecto de la prueba pertinente, tal referencia también se contiene en otros cuerpos normativos y según GONZÁLEZ MONTES –siguiendo a Guasp– ha de diferenciarse de “los límites que puedan establecerse respecto de los hechos, es decir si la prueba ha de venir referida tan sólo a los hechos introducidos en los escritos alegatorios (...) o puede extenderse a otros hechos que no hayan sido alegados en los mismos y que tengan relación con la causa”²²⁵.

En este sentido, en materia penal, a partir de los arts. 729 N° 1 y 2; 649 y 726 LECrim, se indica que el objeto de prueba no está únicamente constituido por los hechos imputados, delimitados por los acusadores en sus calificaciones provisionales, incluidos aquellos relativos al grado de participación, a la culpabilidad, o la responsabilidad; sino que también debe entenderse comprender otras diversas circunstancias fácticas que indirectamente pueden servir a la determinación de la existencia o inexistencia del hecho fundamental (prueba indirecta); así como también poder ser objeto de prueba las máximas de experiencia pertinentes al proceso y relevantes para la decisión²²⁶.

Por pruebas inútiles, en cambio, ha de entenderse aquéllas que aún cuando sean pertinentes en relación a los hechos, no son relevantes para que el juez pueda alcanzar su convicción sobre los mismos, sea porque se trate de hechos notorios, sea porque los hechos

²²³DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, op. cit. (n. 40), p. 1257 y 1261.

²²⁴NOBILI, Massimo, sub art. 190, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 402.

²²⁵GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 32.

²²⁶BARONA VILAR, Silvia, “*La prueba (I)*”, op. cit. (n. 213), p. 380 s.

cuya relevancia trata de demostrar ya pueden ser acreditados por otro u otros medios probatorios, dando lugar en este sentido al concepto de «sobreabundancia»²²⁷.

b) *Reglas de admisión dirigidas al control de legitimidad/licitud de la prueba*

Como indica TARUFFO, “todo elemento de prueba relevante debe ser observado también bajo el prisma de los criterios jurídicos de admisibilidad”, es decir, cuando una norma jurídica específica prohíbe su admisión. “Por lo general, tales disposiciones se interpretan como reglas de exclusión, ya que su función principal es determinar cuándo un medio de prueba no debe ser admitido, a pesar de ser relevante”. En este ámbito, como se ha visto, las reglas de exclusión pueden ser estrictas y precisas, “mientras que en otros casos, se formulan en términos más vagos y generales, de modo que su aplicación real dependerá en buena medida del criterio del tribunal”²²⁸.

En el marco italiano, el régimen de exclusión antes referido, debe complementarse con cuanto dispuesto por los arts. 190 N° 1, primera parte, referido a la exclusión de «*le prove vietate dalla legge*» y el 191 del c.p.p.i. dirigidos a la constatación de la legitimidad de la prueba, en orden a que no pueden ser adquiridas «las pruebas que resulten prohibidas por la ley». En este sentido, UBERTIS –a propósito de la delimitación del objeto de prueba y de los «instrumentos» gnoseológicos judiciales– señala que: “la superación del examen de verosimilitud, pertinencia y relevancia probatoria no es suficiente para considerar legítima la decisión de ejecutar un determinado acto. A tal análisis debe agregarse un segundo, operado a través de un examen de mera legalidad sobre la conformidad de la solicitud de la fuente y/o medio de prueba al sistema probatorio definido por específicas *regole di ammissione probatoria* (o bien, desde la perspectiva contraria, pero dentro de la misma problemática, *di esclusione probatoria*), típicas de una concepción no demostrativa de la prueba presentes en el ordenamiento procesal y en ocasiones conectadas a limitaciones de los instrumentos de verificación de determinados objetos de prueba”²²⁹.

Para GALANTINI, el que la prohibición probatoria puesta a la base de la sanción de inutilizabilidad posea la naturaleza jurídica de una «regla de exclusión», se condice con el modelo de referencia del legislador italiano para la regulación de la materia, cuya inspiración se

²²⁷GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 34 s.

²²⁸TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 41 s.

²²⁹UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 24 s. El citado autor precisa que los criterios de verosimilitud, pertinencia y relevancia probatoria inciden indirectamente en la introducción procesal de una fuente y/o medio de prueba, de ahí que el uso jurídico lingüístico del término «*ammisibilità della prova*», les incluya. A su juicio, “para recomprender en una única clase todos los criterios empleados prodrómicamente a la asunción de las fuentes o medios de prueba, se podría entonces hablar de *regole di ammissione in senso lato*”, nota 90. En todo caso es conveniente tener presente que en lo que se refiere a la inutilizabilidad fisiológica, históricamente la existencia de la misma, en cuanto inutilizabilidad de pruebas *secundum legem* no ha presupuesto necesariamente el advenimiento de un modelo procesal de tipo acusatorio ni el correlativo repudio de la prueba como instrumento «demostrativo», dirigido al conocimiento «científico» de los hechos relevantes para la decisión, vid. SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 124.

ubica en el sistema de reglas de exclusión del proceso penal estadounidense; y con la concepción filosófica de la prueba en clave dialéctica-argumentativa, propia de un orden isonómico. Así, “reglas de exclusión y *exclusionary rules* constituyen instrumentos operantes de un sistema de legalidad en negativo: a través del establecimiento de límites a la admisibilidad o a la asunción de la prueba y, por ende, a su adquisición, determinando como datos legítimamente utilizables por el juez para su decisión únicamente aquellos resultados probatorios dotados de valor persuasivo”²³⁰.

En España, este régimen de exclusión se concreta por imperativo del art. 283 N° 3 LEC «Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley». Esta disposición no ha recibido mayor atención por parte de la doctrina, no obstante su indiscutida aplicación supletoria en este sentido²³¹. Creo que es precisamente esta inatención la que justifica que en el contexto español no se haya caído en cuenta de que aquello que se especifica en el art. 11.1 LOPJ, deba ser considerada imperativa –ante todo– en cuanto prohibición de inadmisión de prueba ilícita.

De cuanto revisado, CHOZAS ALONSO dedica un comentario interpretativo, que en todo caso no comparto²³². Señala que una interpretación literal del referido precepto parece «extender» una prohibición probatoria a toda prueba ilegalmente obtenida, aunque no se haya vulnerado ningún derecho o libertad fundamental. En primer lugar conviene descartar sus argumentos y luego exponer cuál es la lectura que propongo.

Según el citado autor, la interpretación literal no es razonable: primero, porque sería un contrasentido que para el proceso civil rigiese un sistema de prueba prohibida y para el resto de procesos, incluido el penal, el de la LOPJ. En segundo lugar, indica que el derecho fundamental a la prueba consagrado en el art. 24.2 CE, impediría que se inadmitiera una prueba con vulneración de algún derecho subjetivo que no tuviera la misma protección que aquél, por lo que una limitación de este tipo sería inconstitucional. Luego, por último, el art. 287 LEC, que regula el tratamiento procesal de la prueba ilícita, al identificar expresamente prueba ilícita con la vulneración de los derechos fundamentales, exigiría concluir que desde una interpretación sistemática y finalista del art. 283.3 LEC, la intención del legislador ordinario habría sido sólo reforzar el régimen establecido por el legislador orgánico de 1985 en su art. 11.1 LOPJ, pero sin modificarlo en lo absoluto.

Me parece que ésta es una interpretación insostenible, no sólo porque implica desconocer el carácter supletorio de la LEC y soslayar enfrentar una argumentación que rinda útil la

²³⁰ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 102. Sobre la posibilidad de concebir reglas de exclusión en un sistema de *civil law*, y no necesariamente vinculadas al ámbito del *jury trial*, vid., UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 120 s., nota 95; GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), op. cit. (n. 54), p. 549.

²³¹ PEREIRA PUIGVERT, Silvia, *La ineficacia de los actos procesales. Sistematización y aclaración de conceptos* (1ª ed., Madrid, Marcial Ponsa, 2011), p. 36, donde explica que la controversia sobre la aplicación supletoria de la LEC se circunscribe a sus arts. 225 a 231 (Libro I, título V, capítulo IX) relativos a la nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones. Ello en virtud de la disposición final decimoséptima de la LEC 2000 que condicionaba dicha aplicación a una reforma de la LOPJ en tales materias.

²³² CHOZAS ALONSO, José Manuel, “*Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español*”, op. cit. (n. 112), p. 454.

disposición, sino porque además olvida que las disposiciones de legalidad ordinaria pueden tener el carácter de normas de desarrollo respecto de los derechos fundamentales. En este sentido, el art. 283.3 LEC viene a consagrar una regla de exclusión subordinada que alude a una categoría general, cual es, las «prohibiciones probatorias», donde debiesen entenderse comprendidas aquellas analíticamente establecidas por la ley (que como se ha señalado son precisamente aquellas que en el contexto español se denominan «prohibiciones probatorias»), pero con un importante matiz. La norma no prescribe que estas últimas hayan de estar explícitamente formuladas; y en virtud de ello es que cabe afirmar la posibilidad de que las mismas puedan ser deducidas del sistema normativo a través de un parámetro hermeneúutico que apunte justamente a un valor superior. En efecto, estos valores no se agotan en la sola tutela de derechos y libertades fundamentales que da lugar a la denominada «prueba ilícita» como interés «ético», sino que también a otros intereses extraprocerales como la tutela de la familia y de ciertas relaciones profesionales. Conviene invocar en este punto cuanto dicho por GONZÁLEZ MONTES en orden a que ésta constituye una norma de «proyección general», que no está referida exclusivamente al supuesto de la prueba ilícita, pues pueden darse supuestos, en los que sin afectar derechos fundamentales, la prueba esté de todos modos prohibida por la ley²³³.

De cara a esclarecer su naturaleza de regla de exclusión y por ende, el efecto tanto de su aplicación como de su inaplicación, es interesante destacar que el art. 283, se encuentra establecido bajo la rúbrica «Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», por lo que el control de legitimidad/ilicitud del N° 3, bien podría ser considerado una especificación de la hipótesis de «inutilidad» de la prueba contenida en el número 2 de la misma, más precisamente: el entendido de que la actividad probatoria prohibida por la ley ha de considerarse una regla o criterio razonable y seguro, de que una prueba así obtenida no puede en ningún caso contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos. En esta constelación de ideas –como ya se ha dicho–, el art. 11.1 LOPJ vendría a constituir una regla analítica respecto del art. 283.3, pero consagrando –a su vez– una categoría general de aplicación. Este modo de leer la norma puede ser extremadamente dúctil en el contexto español, donde la jurisprudencia ya comienza a percatarse de que los casos infractores de legitimidad de la prueba no son adecuadamente resueltos mediante la aplicación del régimen de nulidad²³⁴.

En efecto, si bien se ha iniciado a emplear la expresión «inutilizabilidad» de la prueba, haciendo referencia a la terminología del sistema italiano, lo cierto es que su propio marco jurídico le permite una tal consideración. Mientras en el derecho italiano la regla de exclusión se entiende unánimemente referida a la fase de admisión probatoria y más discutiblemente reconocida en sede de valoración; el derecho español presenta un debate absolutamente

²³³ GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba ilícita*”, op. cit. (n. 134), p. 367.

²³⁴ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 148 s., señala que en lo que respecta a la obtención extraprocera de prueba, tratándose de actuaciones policiales es un sinsentido hablar de pruebas nulas por tratarse de una categoría carente de realidad procesal. Cuestión a parte son las actuaciones judiciales en sentido estricto, en que conceptualmente una cosa es el acto judicial y otra la prueba, sin perjuicio de que la nulidad del primero conlleve la inutilizabilidad de la segunda.

contrario. Aún cuando el TS haya ido paulatinamente refiriéndose a la «inutilizabilidad» de la prueba para referirse al efecto de la «prueba ilícita» con el objeto de prescindir del término «nulidad» de las pruebas por su inadecuación; resulta que el contenido de la expresión «inutilizabilidad» dista de aquel atribuido en el ordenamiento italiano; y ello principalmente porque en el contexto español se suele hablar de una «garantía de inadmisibilidad», pero no entendida en sentido técnico, sino que como sinónimo de «garantía de inapreciabilidad», que redundaría en una «prohibición de valoración»²³⁵.

Significativa de esta reciente orientación jurisprudencial española es la STS 8 mayo 1997 (R.Ar. 4039), cuyo f.j. 1º declara que cuando se hace referencia a la supuesta «nulidad» de ciertas pruebas se utiliza una terminología propia de los actos jurídicos que, en verdad, hace referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de las nulidades de los actos o negocios jurídicos. Por el contrario, a juicio del TS, se trata de la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otra circunstancia, existe respecto de ella una prohibición de valoración²³⁶. Es decir, postula el uso del término italiano de «inutilizabilidad de la prueba» pero sin hacer eco del contenido que la misma expresa en éste como vicio propio de la prueba.

Luego, siguiendo con este *iter* argumental, el requisito de «licitud» de la prueba se encontraría legalmente previsto tanto en los arts. 287.1 LEC y 11.1 LOPJ, como en el propio art. 283, que –a modo de reglas de exclusión subordinadas– establecerían la inadmisión de la prueba en cuya obtención u origen se haya vulnerado un derecho fundamental, sin perjuicio de que en dicho control deban comprenderse a su vez –obviamente– todas las reglas de exclusión analíticas (prohibiciones probatorias expresas en la nomenclatura española), que en cuanto

²³⁵ BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia, “La prueba ilícita y sus efectos”, op. cit. (n. 183), p. 422, donde las hace expresamente sinónimos.

²³⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 95. En doctrina, el uso del término «inutilizabilidad» puede advertirse en: CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 136 habla, por ejemplo, de las “condiciones de utilizabilidad probatoria de la declaración del coimputado”; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, op. cit. (n. 10), p. 137, “(...) qué causas procesales son los idóneos para la declaración de ilicitud y consiguiente inutilizabilidad de una prueba en el proceso penal (...)”; RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 66, se refiere a la radicalidad del efecto en términos de prohibición de utilización o inutilizabilidad”. En jurisprudencia del TS, *vid.* además: STS 808/2011, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 4º: “En cualquier caso la sentencia de instancia se extiende en la exposición de las razones por las que declaró no utilizables determinados medios probatorios. El f.j. 1º recuerda que la imputación al acusado del delito de robo parte de un hecho base desde el que se infería la autoría del citado robo. Ese hecho base fue el hallazgo en el dormitorio del acusado de las llaves que permiten el acceso a la habitación de la perjudicada. Ese hallazgo fue el fruto de la entrada en aquel dormitorio del acusado sin autorización judicial ni consentimiento del mismo. La ilicitud deriva de la evidente vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y, conforme al art. 11.1 LOPJ hace inutilizable tal medio de prueba, como las que indirectamente se encuentran vinculadas al mismo. Entre ellas la admisión de los hechos por el acusado una vez que, por el conocimiento de la posesión de las llaves, fue interrogado. Y que lo mismo cabe decir respecto al interrogatorio del testigo sobre la disposición del dinero por el acusado, indagación que no hubiera tenido lugar de no haberse obtenido ilícitamente el primer dato de la posesión de las llaves por el acusado”; STS 223/2011, Sec. 1ª, de 31 de marzo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 1º Nº 4: “Rechazadas todas las argumentaciones de la sentencia de instancia, hemos de acoger la alegación de los recurrentes y, en consecuencia declaramos que no es utilizable la información reportada por las intervenciones de comunicaciones telefónicas ya que su legitimidad no se acreditó”.

concreción de una prohibición establecida por la ley, debiesen quedar sometidas al mismo «régimen» de «inutilidad» al que me he referido.

3. Consecuencias procesales de la consideración de la regla de exclusión subordinada como «límite» al derecho a la prueba

El hecho de que la regla de exclusión subordinada se comprenda dentro del régimen general de exclusión de prueba, como límite al derecho a la prueba, plantea varias consecuencias, no todas positivas.

a) *Diversas aproximaciones a su naturaleza jurídica: deber, sanción y carga procesal*

En este sentido, se quiere destacar que la naturaleza jurídica de las reglas de exclusión establecidas para el control de la legitimidad de la prueba, dependerá de la perspectiva del sujeto condicionado por la misma.

En primer lugar, en lo que respecta a la consecuencia positiva, es que en su dimensión objetiva, se permite que la exclusión de este tipo de prueba sea considerada un «deber» del Juez. Es decir, como explica NOBILI, la solicitud de admisión de prueba formulada por las partes debe ser evaluada por el juez en este triple aspecto, por lo que la «exclusión» forma parte un poder-deber a éste atribuido²³⁷. Esta consideración proviene de resaltar los aspectos teleológicos de la misma y por ende implicará estimarla una regla de conducta para el juez. En este sentido se pronuncia ILLUMINATI, quien comentando el art. 191 del Proyecto de c.p.p.i. indica que la inutilizabilidad no constituye un vicio del acto propiamente tal, como ocurre con la nulidad, sino que se trata de una regla de conducta para el juez, que de no ser observada, viciaría la decisión²³⁸. En el ordenamiento italiano esta consideración de la regla de exclusión como «deber», puede, además, ver confirmación en el inc. 2º del citado art. 191 que prescribe que «la inutilizabilidad es declarable incluso de oficio en cada estado y grado del procedimiento».

En España, por su parte, PICÓ I JUNOY precisa que este derecho a la prueba, en su carácter objetivo, resultaría ser de aplicación directa e inmediata, por lo que vincula a todos los poderes públicos –y muy especialmente a los jueces y magistrados– así como también a las partes (art. 9.1 y 53.1 CE). Por lo demás, desde la lectura personal que se efectuará de la STC 114/1984

²³⁷ NOBILI, Massimo, sub art. 190, op. cit. (n. 224), p. 402.

²³⁸ ILLUMINATI, Giulio, “*Il nuovo dibattito: l’assunzione diretta delle prove*”, op. cit. (n. 62), c. 361. En similar dirección, vid.: GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 244; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 127 y 135; LUPO, Ernesto, sub art. 124, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. Por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 84-86; PISANI, Mario, “*Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*”, op. cit. (n. 154), p. 203 donde señala que más que un vicio del acto, equiparable a la nulidad, se trataría de una prohibición para el juez, de tomar en consideración resultados probatorios heterodoxos: una prohibición cuya inobservancia se traduciría en un vicio de motivación de la sentencia, cfr. SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 484.

esta consideración habría sido expresamente sostenida por el TC al acoger como fundamentación de la regla el conocido criterio de la «integridad judicial».

En efecto, una segunda consecuencia, –ahora desde la perspectiva del titular del derecho a la prueba–, en Italia, la inadmisión de prueba adquirida con infracción de prohibiciones legales es advertida como «sanción procesal» expresión que, –aunque imprecisa desde una aproximación estrictamente dogmática²³⁹– es capaz de ilustrar su función consistente en «punir» la violación de una prohibición a través de un procedimiento de «subsunción» del caso concreto en la hipótesis normativa²⁴⁰. De este modo, bien podría considerarse una «carga procesal» de la respectiva parte, ya que si bien en Italia se entiende que la sanción inviste al acto, lo cierto es que –al mismo tiempo– también estigmatiza el comportamiento del sujeto que pretendía introducir la prueba concreta al proceso. “Esta caracterización en sentido subjetivo de la sanción, se evidencia con particular claridad en los casos en que es precisamente el comportamiento de la parte el que influye en la utilizabilidad de la prueba”²⁴¹.

b) Interpretación restringida de los límites al derecho fundamental a la prueba

En España, PICÓ I JUNOY anota las siguientes consecuencias derivadas del derecho a la prueba: “a) la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; b) la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba; c) la subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, y d) la irrenunciabilidad del derecho”²⁴².

El citado autor continúa detallando que los primeros dos aspectos tienen en común “la necesidad de no subordinar la eficacia del derecho a la prueba a otro tipo de intereses” de rango inferior, de modo que sus límites sólo puedan justificarse en bienes, intereses o derechos constitucionalmente reconocidos, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria (STC 10/2000, de 17 de enero, f.j. 4º). De ahí que se sostenga que dichos límites deban ser, además, interpretados restrictivamente (STC 140/2000, de 29 de mayo, f.j. 4º), mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o

²³⁹Vid. PANZAVOLTA, Michele, voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, en *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani, 2005), t. XXIII, p. 2 “la invalidez no puede ser considerada una sanción en sentido técnico: el comportamiento en cuestión no es sancionado, sino que simplemente es incapaz de producir los efectos pretendidos”. Como se explicará en el capítulo siguiente el carácter de sanción, no proviene exactamente de la invalidez, sino de la infracción de la norma de mandato que la acompaña.

²⁴⁰TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 98. Se le suele considerar una figura de vicio-sanción, así la define SCP. SU., N° 16 del 2000, en www.italgiure.giustizia.it; NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 146 y 154.

²⁴¹GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 10. A propósito de la inutilizabilidad-efecto, piénsese “en los actos de investigación ejecutados por el MP luego de cumplido el plazo legal o prorrogado, sin que la acción penal o la solicitud de archivo hayan sido ejercitadas (art. 407 inc. 3º c.p.p.) o a la inobservancia de las reglas prescritas para la excusión de testigos (art. 499 inc. 2º y 3º c.p.p.)”.

²⁴²PICÓ I JUNOY, Joan, “*El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*”, op. cit. (n. 210), p. 527ss. y 530.

deniegue la prueba solicitada (STC 236/2002, de 9 de noviembre, f.j. 4º)²⁴³. En otras palabras, “la necesidad de realizar siempre una interpretación del mismo [derecho a la prueba] lo más amplia posible, con objeto de darle la máxima virtualidad y eficacia, exige realizar nuevas lecturas de las normas procesales, buscando y favoreciendo aquella más acorde con el Texto Fundamental, así como concebir restrictivamente los límites del derecho a la prueba”²⁴⁴.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), Nº 459/2009, de 24 julio, señalando que «el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba».

He aquí entonces el clímax del por qué los enfoques tradicionales dan cabida a la introducción de criterios de «ponderación» de los intereses en juego para lograr que una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales pueda ser finalmente utilizada cuando llega a estimarse que éste debe ceder en pro del derecho a la prueba; y hace que en definitiva llegue a plantearse la discutible distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales. Al introducir el criterio de la «ponderación», se pierde todo tratamiento especial que pretenda verdaderamente evitar involuciones jurisprudenciales al respecto; y desconoce por lo demás el mecanismo natural en que opera una regla de exclusión, esto es, a través de un procedimiento de «subsunción» y no de «ponderación», que por lo demás, parece mantener latente la idea de confrontar un interés público a un interés privado, propia de la doctrina de la «defensa social».

II. «Naturaleza jurídica» de regla de exclusión desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto italiano

1. Garantía subjetiva del derecho fundamental al «debido proceso»

²⁴³ PICÓ I JUNOY, Joan, “*El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*”, op. cit. (n. 210), p. 530 s. En el mismo sentido, para otras referencias jurisprudenciales del autor véase nota 11.

²⁴⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19, p. 1871.

Como ya se adelantó en el capítulo anterior, en el sistema italiano el principio subyacente al reconocimiento de la existencia de la regla de exclusión subordinada, se hace consistir en el respeto al principio de legalidad que rige el proceso. El principio de legalidad consagrado en el 111 inc. 1° de la CI, así como en el art. 6 inc. 1 y 2 CEDH, permite considerar –sin que se verifiquen posiciones encontradas– la no aplicación de una regla de inadmisión de la prueba como una infracción al «debido proceso» regulado por la ley.

Como indica AMODIO, “el objetivo del nuevo código de impedir involuciones jurisprudenciales capaces de hacer revivir el arbitrio judicial en la adquisición de la prueba, se encuentra declarado en modo más significativo con el establecimiento de la nueva sanción de la inutilizabilidad (art. 191 c.p.p.) (...) Se ha optado por una sanción fuerte que haga incontrovertible el hecho de que las prohibiciones probatorias establecidas por la ley, las *beweisverboden* de la doctrina alemana, constituyan verdaderos impedimentos (*evidentiary barriers*) frente a los cuales el juez deba detenerse para la acreditación del hecho, con la consecuente pérdida del dato probatorio en caso de violación del precepto normativo”²⁴⁵.

El art. 191 del c.p.p.i. señala: «*non possono essere utilizzate le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge*». Si bien la disposición anotada no otorga un concepto de inutilizabilidad ni de sus consecuencias procesales, a partir del art. 606 letra *c*) c.p.p.i., que la considera dentro de las causales del recurso de casación, se ha entendido que la misma constituye una forma de invalidez que atañe exclusivamente a la prueba²⁴⁶.

2. Régimen procesal para exigir su aplicación

Como primera cosa a puntualizar en esta sección, está el hecho que el sistema italiano parece concebir una dimensión subjetiva del derecho fundamental al «debido proceso», y, como consecuencia de ello, también respecto de la aplicación de la regla de exclusión. En otras palabras, visto desde la perspectiva del sujeto en contra de quien se pretende hacer valer una prueba que no haya respetado las reglas de inadmisión sobre prueba obtenida con infracción de las prohibiciones establecidas por ley, surge el derecho a exigir el restablecimiento del imperio del derecho en ese sentido.

A estos efectos, el legislador le dota de un entramado procesal para alegar y denunciar este «vicio» en los términos que a continuación se explican, el cual supone la denominada «*disclosure*» regulada en el art. 415-*bis*²⁴⁷, cuyo numeral 2 dispone dar aviso al imputado y a su

²⁴⁵ AMODIO, Ennio, “*Liberio convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, op. cit. (n. 50), p. 6.

²⁴⁶ En este sentido: NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 178; SCILLA, Andrea, *L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 205; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 107 s. y 12: a propósito de la naturaleza del instituto, finalmente termina aludiendo a su efecto, para lo cual recurre al término de «ineficacia» del dato probatorio ilegítimamente adquirido”.

²⁴⁷ Art. 415-*bis*. «Notificación al indagado de la conclusión de las investigaciones preliminares 1. Antes del vencimiento del término previsto por el inc. 2° del art. 405, aun cuando se haya prorrogado, el MP, si no debe formular solicitud de archivo en conformidad con los arts. 408 y 411, debe hacer notificar tanto a la persona sometida a investigación como a su defensor, y en los casos en que se proceda por los delitos previstos en los arts.

defensor (así como a las restantes partes, dependiendo además del tipo de ilícito de que se trate) tanto de una sumaria enunciación del hecho por el cual se procede en su contra; de las normas que se estiman violadas; de la fecha y el lugar del hecho; así como de la circunstancia de encontrarse a su disposición en la secretaría del MP, toda la documentación relativa a la investigación conducida a su respecto. El imputado y su defensor tienen derecho a acceder a esta documentación y a procurarse copia a su costa.

Por lo demás, de acuerdo al art. 391-*octies* relativo al fascículo del defensor, el N° 3 de dicha disposición también establece una especie de «*disclosure*» respecto de las actividades de investigación defensivas llevadas a cabo por su parte. Así, se indica que luego del cierre de las investigaciones preliminares, el fascículo del defensor debe ser insertado en el fascículo de que trata el art. 433, que precisamente dispone el contenido del expediente del MP.

a) *Audiencia preliminar con carácter no «preclusivo»*

En el procedimiento ordinario, la primera oportunidad procesal para efectuar la solicitud/proposición de prueba y, por ende, las alegaciones sobre su inadmisibilidad es la denominada «audiencia preliminar», o en su caso, en el incidente probatorio (casos de prueba anticipada). Sin embargo, dado que esta audiencia tiene por objeto analizar la posibilidad de dictar sentencia de no lugar a proceder, o bien la plausibilidad de la decisión del fiscal de enviar la causa a juicio, ocurre que en este último caso, los pronunciamientos que efectúa el juez de la audiencia preliminar respecto de la solicitud de prueba formulada por las partes, tiene únicamente por objeto formar el denominado «*fascículo del dibattimento*» en conformidad con el art. 431 c.p.i.

Luego, en el decreto que dispone el juicio, según el art. 429 letra *d*), debe efectuar una indicación sumaria de las fuentes de prueba y de los hechos a los cuales se refieren, sin embargo el contenido de dicha enunciación no tiene carácter «preclusivo». Se entiende que la formación del fascículo para el juicio tiene por finalidad responder a una clara distinción entre el procedimiento de formación del fascículo para el juicio y el procedimiento de admisión de la prueba, de modo que la inserción de un acto o de un documento en el fascículo del juicio, tiene la limitada función de individuar los actos que serán conocidos preventivamente por el juez de aquella fase y no tiene ninguna eficacia preclusiva o vinculante sobre la admisibilidad de las pruebas. En otras palabras, la adquisición en el fascículo para el juicio aun no significa que la

572 y 612-bis del código penal, también al defensor de la persona ofendida o, a falta de éste, a la propia persona ofendida dándole aviso de la conclusión de las investigaciones preliminares 3. La notificación debe contener además la advertencia al indagado de tener la facultad, dentro del plazo de 20 días, de presentar memorias, producir documentos, depositar documentación relativa a las investigaciones del defensor, solicitar al MP la ejecución de actos de investigación, como de presentarse para efectuar declaraciones o pedir ser sometido a interrogatorio. Si el indagado solicita ser sometido a interrogatorio el MP debe proveer. 4. Cuando el MP, luego de las solicitudes del indagado, dispone nuevas averiguaciones, éstas deben ser cumplidas dentro de 30 días desde la presentación de la solicitud. El plazo puede ser prorrogado por el juez de la investigación preliminar, a solicitud del MP, sólo por una vez y por no más de 60 días 5. Las declaraciones efectuadas por el indagado, el interrogatorio del mismo y los nuevos actos de investigación del MP, previstos por los incisos 3 e 4, son utilizables siempre que se hayan ejecutado dentro del plazo establecido en el inc. 4».

prueba haya sido admitida, puesto que una valoración de admisibilidad *ex art.* 190 y 191 deberá ser ejercitada por el juez del juicio, si y cuando disponga, incluso eventualmente de oficio, la lectura del relativo verbal.

Viceversa, como explica NAPPI, “la inserción de un acto en el fascículo del juicio tampoco significa que la prueba, una vez admitida, será utilizable respecto de todas las partes, porque puede suceder que solo alguno de los imputados hayan acordado con el MP la inserción del acto en el fascículo. De todos modos, se mantiene la facultad del juez del juicio de disponer la adquisición en contradictorio de las pruebas que se encuentren documentadas unilateralmente por las partes (art. 507/1-*bis*)”²⁴⁸.

b) Al inicio del juicio oral y durante su desarrollo

De acuerdo al art. 493 c.p.i, declarada la apertura del juicio (esto es, una vez discutidas las cuestiones preliminares indicadas en el art. 491, que en general se encuentran referidas a alegaciones sobre la competencia del tribunal y la constitución de las partes), recién se procede a la solicitud de prueba. Cada parte debe indicar los hechos que pretende probar y los medios cuya admisión solicita a tal efecto. A propósito de lo explicado respecto del carácter no preclusivo del contenido del fascículo formado en audiencia preliminar, el N° 2 del art. 493 señala expresamente que: se consiente la adquisición de pruebas no comprendidas en la lista prevista por el art. 468 cuando la parte que la solicita demuestra no haber podido solicitarla tempestivamente; asimismo, el N° 3 de la misma disposición, indica que las partes pueden acordar la adquisición en el fascículo para el juicio de actos contenidos en el fascículo del MP y de la documentación relativa a las actividades de investigación defensiva. Luego, confirma también el carácter no preclusivo en sentido estricto, el hecho de que el art. 495 N° 4, segunda parte, establezca que el juez, oídas las partes, pueda revocar con «*ordinanza*» la admisión de pruebas que resultan superfluas o admitir pruebas que ya habían sido excluidas.

Aunque se verá a propósito del examen de las prohibiciones probatorias que sirven de base a la aplicación de la regla de exclusión, debe tenerse presente que la oportunidad procesal destinada al reclamo y eventual declaración de inadmisión es objeto de un arduo debate en orden a reconocer que la misma tenga lugar exclusivamente una vez iniciado el juicio, o no. En efecto, el art. 495 titulado «*Provvedimenti del giudice in ordine alla prova*», indica en el N°1 de dicha disposición, que el juez, oídas las partes, debe resolver con «*ordinanza*» sobre la admisión de las pruebas *ex arts.* 190, inc. 1°; y 190-*bis*. Sin embargo, en su N° 4 agrega que en el curso de la instrucción «*dibattimentale*», el juez decide con «*ordinanza*» sobre las excepciones formuladas por las partes en orden a la admisibilidad de las pruebas.

²⁴⁸ NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 137. Igualmente, vid. LATTANZI, Giorgio, “*La formazione della prova nel dibattimento*”, en *Cassazione penale*, 1989, 1872, p. 2298-2305; SIRACUSANO, Delfino, “*Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*”, en *Cassazione penale*, 1989, 1370, p. 1597 s.

En esta sección basta señalar que en Italia, “la admisión *strictu sensu* tiene por objeto la solicitud de las partes y se ubica al inicio del juicio”²⁴⁹, de ahí que algunos sostengan que la inutilizabilidad sólo opere tratándose de prohibiciones de admisión de prueba en sentido estricto, distinguiéndola del procedimiento de asunción de la prueba –que analizaremos en forma separada en el capítulo siguiente–; sin perjuicio de que en la práctica, en la mayor parte de los casos, el juicio sobre la práctica parezca inescindible del juicio de admisibilidad, al menos debido a que el primero se deduce implícito en el segundo, siendo claro que cada medio de prueba asunto ha superado positivamente el examen de admisibilidad por parte del oficio que ha actuado la adquisición²⁵⁰.

Con todo, resulta interesante el matiz introducido por COMOGLIO en orden a advertir que, en atención a la elíptica locución contenida en el art. 190 inc. 1° («*le prove sono ammesse a richiesta di parte*») y en virtud de la compleja estructura del derecho «a obtener la admisión y la adquisición» de las pruebas mismas en el modo garantizado por la directiva n. 69, cuando se habla de «exclusión» se aludiría a la eliminación *ex post* de prueba (prohibida, superflua o irrelevante), en cambio cuando se trata de la «solicitud» de admitir una prueba, en efecto se trataría de prueba aun no admitida, que menos aun puede considerarse adquirida, de modo que no podría hablarse coherentemente de «exclusión». Agrega que, de todos modos, “aquello que en efecto, en el contexto de los controles preventivos ejercitados por el juez, puede justificar el *rechazo* (o la falta de aceptación) de las instancias de prueba formuladas por las partes –o bien, desde otro punto de vista, la declaración de inadmisibilidad y la denegación de admisión de medios de prueba solicitados– constituye tanto la aplicación de una prohibición probatoria como la aplicación de una regla de exclusión, contempladas en abstracto por la ley, sobre todo en cuanto dice relación con la apreciación que el juez debe efectuar en concreto, a la luz de los parámetros ofrecidos por el art. 187, en mérito a la «superfluidad» y a la «irrelevancia» de aquellos medios de prueba”²⁵¹.

c) *Efecto de la aplicación de la regla de exclusión*

Frente a una prohibición probatoria de admisión, el efecto propio de la regla aplicada correctamente en la oportunidad procesal previa al juicio como sede natural, implica que la misma sea expulsada del proceso a través de una declaración de inadmisibilidad, sin que la misma pueda ser adquirida por el tribunal. Luego, tratándose de una prohibición de asunción de la prueba o en los casos en que la prohibición de admisión sólo se haga evidente una vez que la prueba ya haya sido rendida, el efecto de la aplicación de la norma implica declarar la inutilizabilidad de tal elemento probatorio. Ambas declaraciones constituyen una manifestación del efecto inmediato y principal de la sanción, que apunta, ante todo, a impedir que el juez pueda tenerla en consideración en su decisión²⁵². Este canon de acusatoriedad del rito queda

²⁴⁹ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 54.

²⁵⁰ MELCHIONDA, Achille, voce “*Prova*” (*dir. proc. pen.*), op. cit. (n. 148), p. 664.

²⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 135.

²⁵² CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1794.

evidenciado en la explícita redacción del art. 526, inc. 1º c.p.i. y responde al principio de neutralidad psíquica del juez, según el cual –por regla, las pruebas obtenidas en las fases precedentes al juicio, no pueden ser utilizadas para su decisión. Se trata de un “canon de matriz acusatoria, en base al cual, el sujeto que deberá adoptar la decisión final, sólo puede conocer los actos formados en su presencia y con el contradictorio de las partes, y viceversa, no puede tomar conocimiento de la actividad antecedente”²⁵³.

Ahora bien, hablar de un efecto «intrínseco», que se concretiza en la exclusión, total o parcial, sea como declaración de inadmisibilidad o de inutilizabilidad de la prueba ilegítima como obligación a cargo del juez, de eliminar el dato espurio del material probatorio utilizable, –como se advierte– es más bien un eufemismo, toda vez que este «contenido» del efecto, no es otra cosa que la aplicación de la regla.

En este orden de ideas es que surge –para algunos– el concepto de «invalidez derivada» –de no confundir con la inutilizabilidad derivada (prueba derivada) ni con el efecto reflejo (prueba refleja)–, para aludir a los efectos de la inutilizabilidad de la prueba en la resolución que la tenga en cuenta²⁵⁴; esto es, en los casos que la regla de exclusión no haya sido debidamente aplicada. Se trata de un efecto que, de acuerdo al matiz apuntado, podría denominarse «inmediato» pero «indirecto» que –en Italia– dice relación con la configuración del vicio que afecta la sentencia que tenga en cuenta tal elemento probatorio prohibido, que en cuanto tal se transmite al acto que la contiene.

3. Régimen de impugnación en caso de inaplicación de la regla de exclusión

a) *Debate sobre la naturaleza jurídica del «vicio» y causal invocada*

En este punto, es necesario tener presente que el tema de la identificación del vicio en que incurre la resolución que tiene en cuenta en su fundamentación elementos probatorios inutilizables ha sido objeto de discusión.

Por una parte, se encuentran quienes consideran que el vicio de inutilizabilidad no es aplicable a la resolución judicial en cuestión, sino únicamente predicable de la prueba. De este modo, el vicio identificado en la sentencia sería «innominado» y sujeto al régimen de nulidad absoluta, por carencia de motivación a partir del defecto en el razonamiento del juez. Sin embargo, a juicio de GALANTINI, esta interpretación haría procedente el saneamiento de la imperfección en caso que las partes no efectuaran impugnación en los términos y formas prescritas, cuestión que no ocurriría, en cambio, con la solución proyectada por la autora²⁵⁵.

²⁵³ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 431.

²⁵⁴ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 73 s. y p. 83 nota 289. En esta nota, la autora indica que la locución se refiere a la relación entre una prueba inválida y la resolución que la tenga en cuenta, siendo impropio emplear la misma expresión para aludir a la relación entre prueba inválida y prueba adquirida en dependencia de la primera.

²⁵⁵ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 67 s.

En opinión de GALANTINI, por el contrario, “la sentencia que de todos modos tenga en cuenta el acto inutilizable no puede considerarse viciada del mismo modo en que lo sería la sentencia que tenga en cuenta un acto nulo, porque a la inutilizabilidad le es ajeno el fenómeno de la invalidez derivada. El uso de los datos probatorios, en lugar de haberlos excluido, es productivo de un vicio «innominado» de la sentencia, sobre el cual puede fundarse la impugnación pero independientemente de la identificación de un defecto de motivación”. Basta la identificación de la efectiva utilización del acto imperfecto. La citada autora, explica que el instituto de la invalidez derivada es incompatible con la inutilizabilidad en línea lógica, no siendo la misma categoría de invalidez originaria formalmente convertible en el acto «receptor» de prueba ilegítima. En esta hipótesis, la alegación del gravamen se funda en la inobservancia de la prohibición y no en un vicio del pronunciamiento, por lo que parece superfluo intentar identificar una irregularidad de motivación, ya que no obstante representar una motivación con defecto de razonamiento, la verdadera raíz del vicio se encuentra en la norma que prohíbe la adquisición del dato probatorio²⁵⁶.

Otros en cambio, consideran que en ausencia de previsión expresa, debe considerarse que el acto consecuente resulta viciado del mismo tipo de invalidez que el acto anterior, y que la posibilidad de impugnar el acto deriva directamente de éste y no de un déficit motivacional de la sentencia²⁵⁷. De este modo, la sentencia que incluya prueba prohibida en su *iter* argumentativo, y siempre que haga uso de ella en la fundamentación de su decisión (de lo contrario se trataría de un vicio inocuo), es inválida, y su invalidez se traduce en un motivo de impugnación a través de la apelación o de la casación, en virtud de la causal específica de inutilizabilidad (art. 606 inc. 1º, letra *c*), c.p.p.i., incluso por motivo *per saltum* ex art. 569 inc. 3º), debido a que contiene en sí tal vicio, no siendo efectivo que pueda impugnarse de nulidad por falta de motivación (art. 606 inc. 1, letra *e*), c.p.p.i.), como hemos revisado que otros han sostenido, ya que en este caso se trata de denunciar un defecto operativo y no la falsedad de las conclusiones. A mi entender, obviamente es la segunda posición aquella que se condice en mejor modo con la función intrínseca atribuida a la regla.

²⁵⁶ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 55 s. (donde efectúa una ejemplificación sobre la base de la infracción de cuanto dispuesto en los arts. 403 y 401 inc. 6º), p. 66 s., 70, 278 ss.; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 190 ss.; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 138 s.; SCELLA, Andrea, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 216 s.: “No obstante se afirme normalmente que la invalidez derivada es necesariamente del mismo tipo de aquella que ha afectado el acto originariamente viciado, se debe en todo caso reconocer que parece forzado calificar como inutilizable un acto de naturaleza decisoria. Por tanto, es más conveniente sostener que el acto «dependiente» se encuentra afecto de una nulidad absoluta, o bien, de una forma de invalidez «con carácter coincidente a la fijada por el art. 191.2»”. Véase también: GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 67.

²⁵⁷ En esta posición se ubican, entre otros: CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1794; NOBILI, Massimo, sub *art. 191*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 414; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 255. Sobre la configuración de un vicio inocuo, *vid.* CORDERO, Franco, “*Nullità, sanatorie, vizi innocui*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, t. II, p. 730.

b) *Recurso de Apelación y Recurso de Casación*

Atendido que el juez de apelación tiene plena competencia sobre el fondo, resulta pacífico que, evidenciado el vicio y eliminada la prueba prohibida, éste no debe disponer la regresión del procedimiento, sino que debe decidir directamente sobre el mérito, recurriendo eventualmente a una actividad de integración probatoria. Es decir, si el acto probatorio es irrepetible, simplemente debe excluir su renovación; y en caso de ser repetible y referido al *quamodo*, efectuar la reasunción probatoria en respeto del modelo legal²⁵⁸.

Por su parte, el supuesto de procedencia para el recurso de casación en cuanto motivo autónomo, es que la invalidez no haya sido declarada en apelación, o bien, que se haya interpuesto casación directamente en contra de la sentencia de primer grado. Una tercera hipótesis por la cual la Casación puede llegar a pronunciarse sobre la inutilizabilidad de un elemento probatorio, dice relación con un actuar de oficio de la misma. En efecto, según ILLUMINATI, la voz «de oficio», significa que no se requiere de solicitud de parte, sin que sea siquiera necesario indicarla específicamente en los motivos de impugnación. En este punto resulta interesante su observación en cuanto a que, en teoría, la infracción verificada en primera instancia podría incluso hacerse valer por primera vez en la Casación, aun cuando la cuestión jamás haya sido elevada con precedencia²⁵⁹.

En estricto rigor, del tenor literal del art. 606 inc. 1º, letra c), el conocimiento de la Corte de legitimidad versa sobre un *error in procedendo* que prescinde de la efectiva influencia de la prueba sobre la sentencia y no obstante ello, en la práctica, para acceder a la Casación no sólo será generalmente necesaria la iniciativa de parte, sino que además el recurrente tendrá la carga de indicar en qué medida la inutilizabilidad ha influido en la decisión²⁶⁰.

A diferencia de lo que ocurre con la apelación, las facultades del juez no están claras en materia de casación. La Corte y una doctrina minoritaria, han entendido que “corroborada la presencia de una prueba prohibida, corresponde efectuar la llamada «prueba de resistencia» de la decisión, esto es, verificar que la sentencia pueda ser adecuadamente motivada una vez privada de la prueba inutilizable”²⁶¹, para lo cual puede incluso revisar los actos procesales, que las partes deberán indicar específicamente en los motivos del recurso.

²⁵⁸CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1795. En el mismo sentido: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 278 s.; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 141 s.

²⁵⁹ En este sentido, SCP, Sec. III, 26 de noviembre de 2014, n. 15828, que en materia de inobservancia de la motivación en las resoluciones que autorizan interceptaciones telefónicas indica que: “el vicio puede ser deducido por las partes, por primera vez, en el juicio de casación y denunciarlo por encima del *devolutum* incluso ante el juez de legitimidad en conformidad al art. 609, inc. 2º c.p.p., porque la inutilizabilidad es denunciabile, incluso de oficio, en cada estado y grado del procedimiento”. Cfr. SCP, Sec. V., 1º octubre 2008, n. 39042, que excluía que la inutilizabilidad de los resultados de interceptaciones telefónicas o ambientales, fuese deducida por primera vez mediante recurso de casación.

²⁶⁰ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 526 s.; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 143 s.

²⁶¹CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1796.

Este extremo debe ser estigmatizado como particularmente grave y de corte absolutamente involutivo, si se considera que uno de los aspectos por los cuales el régimen de nulidad no era apropiado para afrontar el fenómeno de la prueba prohibida redundaba precisamente en que “el empleo cognoscitivo de la presencia irritual de prueba *contra legem* resultaba de todos modos asegurado por el hecho de que produciría un simple vicio de motivación que, como se sabe, es reconducible a una nulidad sanable”²⁶². Es por ello que la mayoría de la doctrina comparte al considerar que con ello se exorbitan los poderes de la corte, siendo preferible “proceder a la anulación con reenvío en caso que la prueba inutilizable haya en cualquier modo influenciado la valoración judicial, atribuyendo al juez de mérito la función de verificar la capacidad del razonamiento judicial para sostener la decisión”²⁶³.

En este sentido se pronuncia ILLUMINATI, quien señala que, “la Corte de casación, verificada la invalidez, debe simplemente anular la sentencia impugnada si, una vez eliminada de la motivación la referencia a la prueba inutilizable, resulten las condiciones para absolver al imputado (falta, insuficiencia o contradictoriedad de la prueba de culpabilidad: art. 530 c.p.p.); y, en cambio, anular con reenvío si corresponde valorar la incidencia de la prueba inutilizable sobre otras pruebas legítimamente adquiridas para pronunciar una nueva decisión de mérito”²⁶⁴. Con este último extremo se arriba a la cuestión del efecto reflejo que se analiza en la sección siguiente.

4. Efecto reflejo y prueba derivada

Una vez declarada la inutilizabilidad de una prueba, se trata de determinar si la declaración de tal vicio se propaga a los actos probatorios sucesivos y, en caso afirmativo, en qué medida. La cuestión del «fruto del árbol envenenado»²⁶⁵, fue planteada en 1920 por la CS de los Estados Unidos en *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 US 385, 1920), como necesaria integración de la regla de exclusión enunciada en *Weeks v. United States*, observando que “excluir los productos inmediatos, y no los mediatos de un registro no permitido por la ley,

²⁶²DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè, 2008), p. 8.

²⁶³CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1796. Cfr.: CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 145, que justifica esta consolidada posición de las Sesiones unidas [vid. SU., 15 febrero 1998, Gerina, en *Cassazione Penale*, 1998, p. 1968, con motivación y con nota de D. Carcano] en base a las exigencias del principio de economía procesal y en la exigencia de desincentivar impugnaciones dilatorias; CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, en *Tre studi sulle prove penali* (1^a ed., Milano, Giuffrè, 1963), p. 188, nota 25; GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 284 ss.; ; SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 203.

²⁶⁴ILLUMINATI, Giulio, “*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 531. Sobre el juicio de reenvío consúltese, CIANI, Gianfranco, *sub art. 627*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. VI, p. 313-322. Sobre las hipótesis legales de anulación sin reenvío, puede consultarse BERTONI, Raffaele, *sub artt. 620 e 621*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. VI, p. 282 -290.

²⁶⁵ Expresión acuñada en *Nardone v. United States* (308 US, 338, 1939) junto con la configuración de las hipótesis de nexa causal atenuado.

hacia subsistir el estímulo de la policía para proceder de dicha forma [...] de modo que la ilegitimidad del registro necesariamente debía hacer inadmisibles las pruebas de culpabilidad cuyo descubrimiento hubiese sido facilitado o posibilitado durante las mismas²⁶⁶.

El debate surge debido a la ausencia de una explícita toma de posición por parte del legislador a diferencia de lo que ocurre en materia de nulidad. En efecto, el art. 185 c.p.i. expresamente prevé que esta última se extiende a los actos consecutivos que dependen del acto declarado nulo, excluyendo la posibilidad de regresión del procedimiento²⁶⁷; mientras que una tal norma no ha sido dispuesta en materia de inutilizabilidad. Dado que este punto será crucial para el análisis del contexto español, es conveniente transcribir completamente la citada disposición. El art. 185 dispone que: «1. La nulidad de un acto vuelve inválidos los actos consecutivos que dependen de aquél declarado nulo. 2. La nulidad de un acto impone su renovación, siempre que ésta sea necesaria y posible, estableciendo las costas de cargo de quien hubiese dado causa a la nulidad por dolo o culpa grave. 3. La declaración de nulidad comporta la regresión del procedimiento al estado o al grado en que ha sido ejecutado el acto nulo, salvo que se establezca lo contrario. 4. El inciso 3° no se aplica a las nulidades relativas a la prueba». En este último caso, el juez debe proceder a la renovación del acto *ex inc.* 2° de esta disposición, siempre que ello sea necesario a efectos de la decisión y siempre que la prueba sea repetible.

a) *Breve distinción entre prueba refleja y prueba derivada*

Antes de continuar adelante es necesario reparar en la distinción entre «prueba refleja» y «prueba derivada», que implica un aporte para comprender la discusión italiana y sobre todo, para evidenciar una notable carencia conceptual en el contexto español, que como se tendrá ocasión de exponer, ha contribuido a ensombrecer una efectiva vigencia de la regla de exclusión y de la prohibición que le sirve de base.

Comúnmente, en el contexto de los diversos ordenamientos jurídicos y en la doctrina en general, se suelen emplear ambos términos como sinónimos, en circunstancias que los mismos

²⁶⁶SCAPARONE, Metello, “*Le indagini di polizia negli Stati Uniti d’America*”, op. cit. (n.93), p. 298 ss. Como se explica en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 138, “en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. US* (251 US 385, 1920), referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables. También en el caso *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en un supuesto en que el acusado fue detenido ilegalmente, aunque se le informó de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la Enmienda V (las conocidas reglas Miranda), se estimó que la exclusión alcanzaba también a las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera virtualidad suficiente para romper dicha conexión causal”.

²⁶⁷CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1785. *Vid.* NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 312 donde indica que el tema tampoco es pacífico en materia de nulidad de actos probatorios, ya que considerando que el art. 185 inc. 4° no permite la regresión del procedimiento, resulta difícil conciliar este principio de no regresión con la propagación de la nulidad a los actos dependientes del nulo.

aluden a cuestiones sustancialmente diferentes. En efecto, la cuestión de la «prueba derivada» coincide con la lógica del normal efecto expansivo propio de la nulidad de los actos procesales y, por ende, sometido a idénticos requisitos, esto es: que el acto sucesivo derive directa e inmediatamente de aquél declarado nulo. El punto está en que las lesiones de derechos fundamentales, por lo general, se producen en un contexto totalmente ajeno al proceso (piénsese en investigaciones desformalizadas o previas a la fase de investigación propiamente tal), es decir, en un ámbito donde no es posible predicar un carácter propiamente procesal de los mismos (en cuanto actos procesales). Por esta razón es que se suele decir que el régimen de nulidad es insuficiente para dar solución a este tipo de situaciones; y de ahí que haya sido tan relevante que la jurisprudencia, aún sin norma expresa, en los ordenamientos de referencia, haya decidido hacerse cargo igualmente del fenómeno, extendiendo los límites intrínsecos de la nulidad a los mismos y ampliando su control a una fase preprocedimental.

En este orden de ideas, y como precisaré en las conclusiones de esta investigación, más que formular una solución *ad hoc* bajo una nueva especie de invalidez, en realidad, lo crucial es el reconocimiento efectivo de una invalidez con un régimen de ineficacia de la máxima intensidad y de un tratamiento procesal que prevea su impugnación mediante un adecuado régimen recursivo que no desconozca las particularidades inherentes al fenómeno. En este máximo grado de intensidad es que se ubica la categoría *ius novum* relativa a la «prueba refleja» con la cual se cierra toda posibilidad a la producción de efectos de la prueba ilícita, ya que ella apunta al uso de la información obtenida a través de la primera para conseguir otras fuentes o medios de prueba, legítimos en sí, es decir, con prescindencia de que su obtención y producción se haya conformado a los parámetros legales y constitucionales.

Me parece oportuno efectuar esta precisión, por cuanto cuando se habla de «efecto reflejo» se suelen incluir ambas nociones, pero no puede perderse de vista que técnicamente son cosas distintas, aunque resulte fácil incurrir en error debido a que ambos se someten a los mismos criterios de delimitación: relación causal directa. Otra cosa es que, en el ordenamiento italiano, la introducción de un nuevo tipo de invalidez, de original cuño precisamente para relevar la especificidad del fenómeno, al no incorporar una norma expresa relativa al efecto expansivo propio de la nulidad, haya dado lugar al debate en torno a su reconocimiento en los términos que se explicarán a continuación (ya que aún aplicándola se presentaba la proscripción de regresión del procedimiento en caso de nulidad de actos probatorios, extremo que tampoco se presenta en el sistema español). Es por ello que en dicho contexto, la discusión sobre el efecto reflejo mimetiza los dos extremos, en lo que podría denominarse «efecto reflejo en sentido amplio» o «inutilizabilidad derivada en sentido amplio», sin perjuicio de que luego, la dogmática distinga claramente ambas situaciones. Sin embargo, en un ordenamiento que aun mantenga el fenómeno bajo el prisma de la nulidad, no debiese caber duda en torno al reconocimiento de la prueba derivada. En éstos, sólo la cuestión de la prueba refleja en sentido estricto podría ser objeto de una tensión, cuya solución habrá de buscarse en el nivel de intensidad que las reglas, ahora consagradas normativamente, han pretendido imprimirle al fenómeno.

b) *Posición doctrinal contraria a la inutilizabilidad derivada*

En ausencia de una disciplina análoga a la prevista en el art. 185 c.p.i, y de frente a material probatorio cuya utilidad parece indiscutible, cualquier sistema se mostraría reacio a configurar una regla de exclusión fundada sobre una presunta transmisión del vicio de una prueba a otra, a través de un vínculo genético, por lo demás, normativamente tácito²⁶⁸.

En doctrina, CORDERO es considerado el principal exponente de esta posición. El citado autor niega toda vinculación jurídicamente relevante entre las diversas iniciativas probatorias. A su juicio, entre los varios fragmentos del contexto instructivo sólo existiría un simple nexo psicológico (la iluminación que ha guiado al juez al desarrollo sucesivo de la obra investigativa), de modo tal que postular la existencia de una relación de dependencia (en que se basa el procedimiento) entre las diversas iniciativas probatorias es, a su parecer, completamente errado²⁶⁹.

Se trata de la invocación de la distinción entre actos «propulsivos» y «eventuales», esbozada a propósito del tratamiento del acto nulo en relación a la posibilidad de renovación y regresión del procedimiento. En materia de nulidad, se entiende que: el primero, en cuanto necesario (*sine qua non*) de la trama del procedimiento, requiere regresión y debe ser siempre reiterado por lo que la renovación es siempre posible; así por ejemplo para la solicitud y el decreto de reenvío a juicio. En cambio, respecto del acto probatorio, del cual el procedimiento podría prescindir, en atención a su carácter eventual, la cuestión es diferente: además de los casos en que la repetición sea imposible, a su respecto es necesario evaluar la efectiva necesidad de renovación, pero sin posibilidad de regresión. El acto propulsivo tendría la aptitud de difundir la propia nulidad, mientras que el acto eventual del procedimiento, el acto probatorio, no la tendría, y ello explicaría la no regresión. Este último, insertándose con carácter meramente eventual en la trama del rito, constituiría un episodio en sí mismo sobre la escena del procedimiento: de modo que no podría contaminar a otros actos. Entre el acto probatorio y las cuestiones circundantes, a lo más, podría constatarse un ligamen meramente psicológico, que estaría privado de relevancia jurídica²⁷⁰.

Jurisprudencialmente ésta ha sido la orientación prevalente²⁷¹. Si bien bajo la vigencia del código de 1930, hubo una posición doctrinal crítica, lo cierto es que más que al efecto

²⁶⁸ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 113.

²⁶⁹ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 171; CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 54. Idénticas conclusiones son expresadas por el autor en materia de nulidad de actos de adquisición probatoria, señalando que tales actos no componen una trama necesaria del procedimiento, sino que constituyen un cierto número de episodios autónomos; en el mismo sentido y para una síntesis de las posiciones doctrinales al respecto, SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 82-90. DENTI, Vittorio, “*Nullità degli atti processuali civili*”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, Utet, 1965), vol. XI, p. 473.

²⁷⁰ PANZAVOLTA, Michele, voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, op. cit. (n. 239), p. 16.

²⁷¹ En este sentido: SCP. Sec. I, 2 marzo 2010, n. 16293, Aquino y otros, también en *Il Foro italiano*, n. 2, febrero 2013, p. 102 ss., cuya máxima indica que: “el decreto autorizante de interceptaciones de que trata el art. 267 c.p.p. puede encontrar su presupuesto en cualquier noticia de delito, incluso deducida de precedentes interceptaciones inutilizables (2). La inutilizabilidad de los resultados de interceptaciones telefónicas no precluye la posibilidad de

reflejo, se referían más bien a los supuestos que hoy se entienden comprendidos bajo la denominación de «principio de no sustitución débil». Así por ejemplo, NUVOLONE hacía notar cómo el derecho belga era particularmente severo en la materia, en oposición a la orientación jurisprudencial italiana de la época. En este sentido apunta el rigor con que la jurisprudencia y la doctrina [belga] procedían en caso de registros ilegales y de pruebas ilegales de la policía, incluso en materia de fraude alimentario, en que se despojaba de fuerza probatoria no solamente al verbal de la actividad, sino que el autor de la misma tampoco podría ser oído sobre el punto. En el polo opuesto, en cambio, identificaba la posición jurisprudencial italiana. A la época, ello se debía en su concepto a la inexistencia de una conminación expresa de nulidad que sancionara la violación de la norma procesal; y en segundo lugar, porque en los pocos casos de nulidad insanable, fácilmente la misma venía considerada saneada en base al principio según el cual *l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo*; y, en fin, [...] porque se estimaba que la irregularidad del acto de introducción de la policía no excluía su *procedibilità*²⁷².

En la misma dirección apuntaba GREVI, quien manifestando su opinión contraria a esta tendencia jurisprudencial, estimaba que una vez declarada la nulidad del decreto de autorización de una interceptación telefónica, las cintas magnéticas u otros instrumentos

conducir las investigaciones para la acreditación del hecho constitutivo de delito eventualmente surgidos de las mismas, no operando, en materia de inutilizabilidad, el principio, aplicable para la nulidad, relativo a la transmisión del vicio a los actos consecutivos a aquel declarado nulo (3)”; SCP, Sec. III, 10 febrero 2009, n. 8632, Pacicca, en CED N. 242847; SCP, Sec. II, 4 marzo 2008, n. 12105, Fiaccabrino; SCP, Sec. III, 15 junio 2004, n. 26847, Bettio, en CED N. 229419; SCP, Sec. III, 29 abril 2004, n. 26112, Canaj; SCP, Sec. III, 10 febrero 2004, n. 183, Mache y otros, en *Cassazione penale*, 2005, p. 3945, con motivación y con nota de N. Triggiani, también en CED228545 (declara utilizables las interceptaciones regularmente ejecutadas respecto de un usuario telefónico individuado como consecuencia de una precedente interceptación ya declarada inutilizable; SCP, Sec. I, 22 diciembre 1997, Nikolic, en *Cassazione penale*, 1999, p. 1569, con nota de G. De Amicis (considera admisibles como prueba las declaraciones de imputados y testigos sobre preguntas formuladas en base a interceptaciones inutilizables); SCP, Sec. I, 14 noviembre 1997, Meriani, en *Cassazione penale*, 1999, p. 1897 (considera admisibles como prueba declaraciones de víctimas de extorsión que confirman el contenido de conversaciones sostenidas con los extorsionadores luego de la lectura de transcripciones de interceptaciones inutilizables); SCP, Sec. II, 4 noviembre 1997, Lugano, en *Giustizia penale*, III, 1998, c. 660 (declara utilizables la declaración de la policía judicial sobre los resultados de la investigación desarrollada sobre la base de una confesión que no podía tenerse en cuenta como prueba); SCP, Sec. II, 24 enero 1996, Agostino, en *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 558 con nota de G.L. Verrina; SCP, Sec. I, 26 mayo 1994, Scaduto, en *Cassazione penale*, 1995, p. 2627; SCP, Sec. IV, 8 febrero 1994, Borri, en *Cassazione penale*, 1996, p. 177, con motivación y con nota de E.M.T. Di Palma; Trib. Roma, sent. 28 abril 1969, Palazzoli, en *Giustizia penale*, 1969, III, col. 631. “La sentencia, luego de haber concluyentemente afirmado la importancia de la garantía que impone al MP, a pena de nulidad, motivar el decreto que autoriza la interceptación (art. 339 c.p.p.), no logra extraer de tal premisa las consecuencias que corresponden. En lugar de declarar la total ineficacia de los elementos probatorios obtenidos a través de una lesión de derechos constitucionales, se limita a observar que «debido a la diligencia del magistrado en el interrogatorio de los interlocutores ha sido posible concretar el contenido de las interceptaciones telefónicas más relevantes y en atención a que los interlocutores han reconocido la historicidad de las comunicaciones mismas, tal prueba obtenida con una correcta dialéctica procesal sobre los mismos argumentos objeto de las interceptaciones, adquirida de manera autónoma, es plenamente válida»”, VIGORITI, Vincenzo, “*Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1972, vol. XXVII, fasc. 2, p. 326; SCP, Sec. VI, 27 marzo 2009, Cecconello, en www.dirittoegiustizia.it; SCP, Sec. I, 28 octubre 2010, Raso, en CED 249021.

²⁷²NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 470 s.

fonográficos no podían ser secuestrados para su sucesiva audición ya que los mismos representaban el resultado material de una serie de actos nulos. Del mismo modo sería inadmisibles –a su juicio– la declaración de los oficiales y agentes de policía sobre el contenido de las escuchas telefónicas autorizadas con el decreto nulo, ya que en caso contrario, se estaría otorgando relevancia procesal, en vía oblicua, a resultados de una actividad inválida. En este caso, los controles telefónicos constituyen el infaltable presupuesto lógico de las declaraciones aludidas²⁷³.

En todo caso, la Corte constitucional en sentencia n. 332 de 27 de septiembre de 2001 ha mantenido esta tendencia declarando que la inutilizabilidad derivada resulta inadmisibles, toda vez que no es posible transferir a la disciplina de la inutilizabilidad el concepto de vicio derivado que el sistema regula exclusivamente en relación a la nulidad, sobre todo si se considera que el tema mismo de la dependencia de los actos probatorios ya presenta sobre el plano lógico una amplia variedad de posibles configuraciones y alternativas.

c) Posición doctrinal favorable a la inutilizabilidad derivada

La principal objeción que esta posición formula a la posibilidad de utilizar elementos adquiridos gracias a la previa ejecución de prueba inutilizable consiste en el desvanecimiento de la eficacia disuasoria de las prohibiciones. En su concepto, por el contrario, la aceptación del reconocimiento de la inutilizabilidad derivada, sería la única solución capaz de garantizar dicho efecto. En este sentido, es evidente que, si el elemento de prueba ilegítimamente adquirido pudiese de todos modos servir como presupuesto para obtener ulteriores elementos de prueba, además no repetibles, se incentivaría la violación de prohibiciones probatorias en vistas a poder reunir, por esta vía, resultados utilizables en el proceso²⁷⁴.

En segundo lugar, el art. 111 de la CI permitiría sostener la adopción de la «teoría de los frutos del árbol envenenado», toda vez que la referencia al «justo proceso» implica necesariamente comprender las garantías relativas a la debida formación y valoración de la prueba²⁷⁵. Este argumento parece ser compartido y sostenido por la Corte europea, en particular en el caso *Gäfgen c. Alemania*²⁷⁶, donde sus conclusiones, parecen avalar, o por lo menos no

²⁷³ GREVI, Vittorio, “*Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*”, en *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1967, p. 739 s.

²⁷⁴ A vía ejemplar, vid. CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1787 y LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 181, véase también su nota 205 y 206.

²⁷⁵ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1789; SPANGHER, Giorgio, “*«E pur si muove»: dal male captum bene retendum alle exclusionary rules*”, en *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2011, 2829. Resulta interesante hacer presente que ésta habría sido la dirección adoptada en el Proyecto de un nuevo código procesal penal, instituido con el d.l de 29 de julio de 2004, vid. FERRUA, Paolo, “*La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*”, en *Questione Giustizia*, 2005, p. 789.

²⁷⁶ STEDH, Sec. V., 30 junio 2008, *Gäfgen c. Germania*, § 105 y §27; STEDH, Grande Cámara, 10 marzo 2009, *Bikov c. Russia*, §96.

mellar la validez de la teoría de los frutos del árbol envenenado, no obstante la falacia del razonamiento en que se incurre con motivo de su premisa para rechazarla²⁷⁷.

Con todo, según COMOGLIO, sería la propia Relación al proyecto de 1988 la que, pacíficamente, daría por descontada tal «propagación» cuando –ejemplificando la fuerza de «irradiación» aplicativa de las normas generales sobre la prueba, incluso en el curso y al término de las investigaciones preliminares– reconoce, entre otras cosas, la inadmisibilidad de un decreto que disponga un juicio sobre la base de pruebas documentales «adquiridas» por el MP «mediante un registro ilegítimo» en violación del art. 103²⁷⁸.

Por último, esta posición se basa en la argumentación expuesta en la sentencia de 3 de abril de 2009, n. 106, que representa un cambio de dirección de la jurisprudencia constitucional²⁷⁹. En este pronunciamiento, en materia de secreto de Estado, la Corte se decanta por la extensión de la inutilizabilidad reconociendo su aplicación tanto por vía directa como indirecta, esto es [como había precisado en la sentencia n. 110 de 1998]: sea a efectos de fundar el ejercicio de la acción penal, sea para incentivar ulteriores actos de investigación. En concepto de la Corte, tal conclusión no emana únicamente de la aplicación específica y limitada del art. 202 c.p.p.i. –es decir, no sólo por la relevancia del interés extraprocésal tutelado–, sino que razona en el sentido que el art. 185 inc. 1º c.p.p.i.; lejos de estar limitado al campo de la nulidad, consagra un principio de legalidad procesal, evitando que el recurso a un acto viciado pueda de cualquier forma permitir recopilar frutos procesalmente utilizables. Así, cada vez que los resultados de un acto probatorio prohibido permitan ejecutar otros procedimientos adquisitivos, estos no pueden más que ser considerados inválidos.

CASIRAGHI, no obstante representar el sector de la doctrina que estima que la declaración de inutilizabilidad de una prueba debe extenderse a los actos probatorios sucesivos, considera que recurrir al inc. 1º del art. 185 podría ser criticable en consideración al principio de

²⁷⁷CASIRAGHI, Roberta, *“Prove vietate e processo penale”*, op. cit. (n. 28), p. 1790.

²⁷⁸COMOGLIO, Luigi Paolo, *“Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro”*, op. cit. (n. 159), p. 1558.

²⁷⁹ SCC, N° 106, 3 abril 2009. En el mismo sentido: SCC, N° 110, 10 abril 1998; SCC, N° 410, 16 diciembre 1998; SCP. Sec. II, 16 mayo 2008, n. 19647; SCP. Sec. III, 29 abril 2004, que considera inutilizable el material pedopornográfico secuestrado sobre la base de resultados inutilizables de la actividad de un agente provocador; SCP. Sec. VI, 21 junio 1996, que declara inadmisibile el examen como testigos, sobre el contenido de interceptaciones inutilizables, de las personas que las habían ejecutado; SCP. Sec. III, 8 marzo 1995, que considera inválido el registro y el sucesivo secuestro efectuado a continuación de una denuncia anónima. Es oportuno hacer presente que el primer antecedente jurisprudencial sobre el punto ha sido la sentencia del Tribunal de Imperia de fecha 10 de octubre de 1967, en procedimiento penal por porte abusivo de armas. “Luego de haber declarado la ilegitimidad constitucional del registro personal a continuación del cual había sido encontrada el arma (un cuchillo), afirmó que: «de la ilegitimidad del decreto de autorización del registro y en conformidad con lo dispuesto en el art. 13 de la CI, corresponde considerar privada de todo efecto tanto la autorización misma como el acto de registro y el secuestro del cuchillo; así como jurídicamente inexistente el cuerpo del delito e inválida la acreditación misma del delito, por el hecho de haberse fundado sobre los mencionados actos, todos inutilizables como medio de prueba». Trib. Imperia, sent. 10 octubre 1967, Coletta, en *Giustizia penale*, 1969, I, col. 373. (citada en VIGORITI, Vincenzo, *“Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)”*, op. cit. (n. 271), p. 326.

taxatividad que rige la materia²⁸⁰. A su juicio, parece excéntrico aplicar la norma fuera de la específica hipótesis descrita, siendo suficiente la sola referencia al art. 191 c.p.p.i. La prohibición de uso, impide que el elemento de prueba se «transforme» en resultado de prueba, lo cual implica que la prueba no sólo debe ser privada de su capacidad de concurrir al convencimiento judicial, sino que además debe ser privada de su función heurística²⁸¹.

GRIFANTINI, por su parte, explica que “en materia de inutilizabilidad, se trata de una derivación en términos diversos de aquella referida a los vicios del acto. Mientras en el caso de la nulidad, la derivación es un atributo que la ley establece por la inobservancia de formas y que, por ello, existe en la medida en que está previsto expresamente; en materia de inutilizabilidad, ésta no tiene sentido si no se correlaciona con los actos sucesivos: por ende, en esta regla se encuentra implícita, por definición, que el efecto se propague. La inutilizabilidad impide tener en cuenta una prueba en el curso sucesivo del procedimiento, resolviéndose en la prohibición insanable de poner la misma como presupuesto de los actos que puede derivar, para cualquier fin y para cualquier efecto. Un ejemplo *ad hoc* se advierte en el art. 103 c.p.p.i., el cual establece que los registros en las oficinas del defensor sólo son permitidos en casos taxativos. En consecuencia, fuera de las hipótesis previstas, el registro está prohibido. Por ello, el art. 103, inc. 7° c.p.p. precisa que no pueden ser utilizables «los resultados» de aquel registro. Es decir, tiene presente el hecho que el registro, en cuanto operación, no puede ser correctamente definido como inutilizable, lo cual describe indudablemente un ligamen entre el acto viciado y el acto sucesivo”²⁸².

En contra, en cambio, se ubica GALANTINI, para quien el tenor literal del art. 191 no parece apto para resolver el problema sobre la relación entre prueba inutilizable y las pruebas cuya obtención ha sido facilitada por la primera. Esta autora explica que la derogación contemplada en el art. 350 inc. 5° –en el sentido de consentir la utilización de las noticias e indicaciones dadas por la persona sometida a investigación en el lugar del hecho o en sus inmediaciones, en ausencia del defensor, para los fines inmediatos de prosecución de la investigación, y por ende, para la búsqueda de otros elementos *latu sensu* probatorios– parece indicar que el criterio del legislador, cuando ha fijado una prohibición expresa de utilizabilidad, es a su vez explicitar la situación excepcional de inutilizabilidad. A su juicio, el hecho que una tal derogación no se haya formulado a propósito de normas de carácter general, quiere significar que la voluntad del legislador se dirige en el sentido de no excluir soluciones, de diverso ceño, en modo que la misma se adapte a la variedad de los casos²⁸³.

²⁸⁰ Por la posibilidad de aplicación analógica del art. 185 c.p.p.i. *vid.* Cfr. SCCELLA, Andrea, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 216.

²⁸¹ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1786 ss.

²⁸² GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 253.

²⁸³ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 86 s. Agrega que: “Desde esta perspectiva podría reproponerse la tesis que en el pasado, interpretando el alcance del término «*utilizzare*» contenido en el art. 304 inc. 3° c.p.p. 1930, consideraba «inadmisibles no sólo las pruebas directamente resultantes de las declaraciones del indiciado que la ley proclama no utilizables», sino también aquellas obtenidas con referencia a la «contribución decisiva proporcionada por las declaraciones mismas»: en sustancia, las pruebas «ulteriores» que no estén envueltas de la invalidez del acto precedente, se identificarían con

Retomando la argumentación de CASIRAGHI, ésta señala que el criterio para determinar la extensión de la inutilizabilidad derivada es la «relación de utilidad jurídica del acto viciado». Esta relación de utilidad jurídica iría más allá de una secuencialidad psicológica o natural, y se advertiría siempre que el acto probatorio sucesivo encuentre suficiente motivación y justificación, únicamente o en modo determinante, en el cumplimiento del acto viciado²⁸⁴. En este sentido, se trataría de una consecuencialidad objetivada en términos funcionales, pero no formales²⁸⁵. Resulta paradójico cómo es que en el fondo alude a la construcción de una relación de causalidad de naturaleza jurídica para establecer la conexión para aplicar la exclusión, y que un mismo ligamen jurídico, al modo estructurado por el STC 81/1998, sirva precisamente a la obtención del efecto contrario.

Tal línea interpretativa se condice con una lectura minoritaria, alternativa, en materia de nulidad, según la cual la valoración abstracta de la dependencia debe detenerse en el concepto de «presupuesto», más que en la distinción entre actos propulsivos y eventuales. “Cuando un acto sea el presupuesto del sucesivo –con prescindencia del hecho que lo sea en términos propulsivos– su nulidad se transmite al elemento subsecuente”²⁸⁶. Si bien en materia de nulidad, la prohibición de regresión para la prueba *ex art.* 185 inciso 4° se basa en el hecho de que las pruebas no constituyen presupuesto de otros actos (es decir, no componen otros tipos) y que en particular, no constituyen un presupuesto jurídico de la decisión ni de otras pruebas.

En similares términos se ubica GRIFANTINI, quien destaca cómo es que en el nuevo sistema “la inutilizabilidad es alegable independientemente de un defecto de motivación, y ello se debe a que la misma no sólo apunta al aspecto decisorio sino que directamente al uso de la

aquellas que «habrían sido obtenidas sin el auxilio de la inspiración ofrecida por las declaraciones no utilizables», o aún más, adquiridas «a través de otra vía»”.

²⁸⁴ En efecto, en materia de nulidad se ha sostenido que el concepto de dependencia del acto debe determinarse a través de un criterio funcional, es decir, de dependencia sustancial (en cuanto premisa lógica y jurídica de su validez) y no de mera sucesión cronológica, *vid.* BASSO, Ezio, *sub art. 185*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 367 s.; CAVALLARI, Vincenzo, “*Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali penali*”, en *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marisco* (Milano, Giuffrè, 1960), vol. I, p. 224 s.

²⁸⁵ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, *op. cit.* (n. 28), p. 1789. En similar posición RUGGIERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, *op. cit.* (n.193), p. 141, al referirse a la nulidad de la resolución, en cuanto «viciada desde la perspectiva de la insuficiente motivación»; AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, *op. cit.* (n. 148), p. 96; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, *op. cit.* (n. 9), p. 91; LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, *op. cit.* (n. 41), p. 181 nota 205; Por una dependencia lógico-jurídica: SEGHELLI, Anna Valeria, “*Intercettazioni telefoniche illegittime per motivazione insufficiente e nullità della custodia cautelare*”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1992, II, c. 135 s.; NOBILI, Massimo, *sub art. 191*, *op. cit.* (n. 257), p. 414; NOBILI, Massimo, “*Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*”, en *Foro italiano*, V, 1989, c. 274.

²⁸⁶ PANZAVOLTA, Michele, *voce Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, *op. cit.* (n. 239), p. 16. El autor explica que ésta sería la solución más satisfactoria en tema de nulidad ya que “por un lado, ella delinearía una correcta aplicación del concepto de tipo normativo (*fattispecie*): si un acto compone el tipo del sucesivo, su nulidad no puede no reverberarse sobre aquél (incluso cuando ninguno de los dos fuese calificable como propulsivo). Por otra parte, permitiría posicionar en mejor manera algunas hipótesis, como aquellas relativas a la nulidad de las notificaciones de cumplimiento de un cierto acto (arts. 364, 375) o de la comunicación del procedimiento y de las informaciones defensivas (arts. 369 y 369 *bis*): ya que aun cuando no sean actos propulsivos, su nulidad contamina ciertamente el acto ejecutado en vía sucesiva”.

prueba prohibida. Así, el hecho que un acto instructorio no sea motivado, si bien puede constituir un obstáculo para diagnosticar la inutilizabilidad derivada, de per sé no parece un argumento suficiente para excluir en todo caso la posibilidad de denunciarla”²⁸⁷.

Otros, en cambio, en una especie de posición intermedia plantean la inutilizabilidad derivada solo en los casos en que el acto sucesivo requiera motivación formal²⁸⁸. En este orden de ideas, aparece como un criterio de difícil aplicación al excluir los actos probatorios que no requieren motivación o justificación de su cumplimiento. Como explican TONINI/CONTI, ello implica reconocer un ámbito muy limitado de aplicación ya que en el sistema procesal penal italiano, por regla, todas las pruebas son «gratuitas», es decir, quien desarrolla un acto de investigación (por ejemplo, un interrogatorio), o solicita la admisión de una prueba (por ejemplo, un testigo) no debe justificar el motivo. Por tanto, en la mayoría de los casos, el empleo de la información contenida en una prueba inutilizable con el objeto de obtener otra prueba, no queda formalizado. En consecuencia, tal principio de «gratuidad» obstaría de todos modos para diagnosticar una eventual inutilizabilidad derivada, sobre todo si se tiene presente la pacífica tendencia jurisprudencial según la cual las pruebas viciadas pueden ser utilizadas como dato informal para la investigación, e incluso, como *notizia di reato*²⁸⁹.

GALANTINI, estima conveniente sostener una solución que se estructure según el caso concreto: “la verificación sobre la incidencia de la violación de la regla de exclusión no sólo respecto de la prueba adquirida directamente sino también respecto de las «ulteriores» es una cuestión que corresponde al intérprete en consideración a la diversidad de las situaciones reconducibles a las varias prohibiciones, sin prescindir de asumir como parámetro valorativo la perpetuación de la violación”. De este modo, “la inutilizabilidad de la «segunda prueba» debe considerar el tipo de prohibición originalmente violada y la mantención sustancial de la ilegitimidad no obstante tratarse de una prueba posteriormente adquirida en conformidad con el modelo legal”²⁹⁰. Como se verá, este tipo de argumentación se encuentra en sintonía con cuanto manifestado en STC 81/1998 en la consideración de un nexo causal de naturaleza jurídica que obliga a evaluar la presencia de prueba derivada desde una perspectiva interna, esto es, en relación con la naturaleza del derecho originalmente violado y la intensidad de esta última.

Con todo, es del todo interesante, sumar a la discusión la novedad legislativa introducida por la Ley N° 124, de 3 de agosto de 2007 en materia de secreto de Estado. Dicha normativa ha

²⁸⁷GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 253.

²⁸⁸ En esta línea *vid.*: GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 253; NOBILI, Massimo, “*Divieti probatori e sanzioni*”, en *La Giustizia Penale*, 1991, III, c. 642 y 645 s. par. 5 y 6. El autor reconoce la existencia de dos reglas de exclusión: una preventiva y una sucesiva. “Por ejemplo no es permitido a la policía ejecutar de propia iniciativa comprobaciones tecno-científicas cuando falte el requisito de urgencia (art. 354 inc. 2° y 348 inc. 4°). En los casos en que tal prohibición no haya sido respetada, se agrega otra («no pueden utilizarse»), la que a su vez puede ser violada con un sucesivo acto del procedimiento”. A su juicio, el art. 191 contempla una sanción del acto de carácter probatorio que apunta también directamente a disciplinar el momento lógico-jurídico consecuente, es decir, el acto con el cual errónea e ilegítimamente se use el conocimiento anterior. Por ende, se trataría de una doble prohibición que impone de calificar *contra legem* los actos que «utilizando» pruebas viciadas, por ello mismo violan la segunda prohibición.

²⁸⁹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 114, con diversas referencias jurisprudenciales.

²⁹⁰GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 89.

previsto expresamente la inutilizabilidad derivada en los arts. 202 y 270-*bis*, señalando que las noticias cubiertas por tal secreto no pueden ser utilizables ni directa ni indirectamente, salvo que se trate de pruebas adquiridas sobre la base de elementos autónomos e independientes. No obstante dicha innovación, a juicio de TONINI/CONTI, de la misma no puede deducirse un criterio hermenéutico de alcance general²⁹¹, ya que la referencia a la inutilizabilidad «indirecta» alude al uso del conocimiento obtenido a través de la prueba prohibida respecto de otras decisiones procesales, como puede ser la credibilidad de un testigo o bien para la determinación de la pena en concreto, y por ende, escapa a la problemática en análisis.

d) *Particular referencia al registro prohibido y los efectos del secuestro sucesivo: male captum bene retentum y «cuerpo del delito»*

Según CASIRAGHI, en esta hipótesis, no corresponde tanto establecer si un elemento probatorio espurio invalida el sucesivo, sino si la ilegitimidad o ilicitud de la investigación se propaga a la sucesiva aprehensión, viciando el conocimiento conseguido, en cuanto obtenido a través de un *modus procedendi* ilegítimo y/o, como ocurre en la mayor parte de los casos, ilícito (entiéndase en el sentido de infracción de derecho penal sustancial). Así, a juicio de la citada autora, la cuestión parece observable desde dos diferentes perspectivas: desde la perspectiva de la conducta ilícita (entiéndase efecto reflejo) y desde la perspectiva de la invalidez derivada²⁹².

“El registro, es un medio de investigación directo, destinado a la búsqueda de una prueba preexistente. Con el mismo, se realiza un complejo procedimiento adquisitivo de la prueba, fruto de una relación instrumental y funcional entre búsqueda y descubrimiento del cuerpo del delito, que encuentra su propio referente normativo en los arts. 253 y 103, inc.7° c.p.p.i. Es el instrumento jurídico que permite el secuestro, posee presupuestos diversos del segundo, y no es directamente utilizado para la decisión, como sí lo es la prueba”²⁹³.

Desde la perspectiva de la invalidez derivada, una parte de la doctrina²⁹⁴, en particular, CORDERO afirma el llamado *male captum bene retentum*, señalando que el secuestro es cronológicamente posterior y jurídicamente autónomo, de modo que su realización procede siempre que el mismo recaiga sobre una cosa susceptible de ser secuestrada y que sea

²⁹¹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 114 s.

²⁹²CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1791.

²⁹³BORASI, Ivan, “*Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 627. Vid. CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 126, nota 354.

²⁹⁴ Para referencias doctrinales bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930 y 1988, vid, respectivamente: CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188),p. 127; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160),p. 158; y SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introductivo, op. cit. (n. 24),p. 178. Jurisprudencia: por la exclusión de la propagación del vicio, vid.: SCP. Sec. II 30 enero 2006, n. 3626, (en *Dir. Pen. proc.*, 2006, p. 1513, con motivación y con nota adhesiva de P. Felicione); SCP, Sec. III, 8 junio 2004, n. 31; SCP, Sec. III, 27 mayo 2004.

pertinente al delito, con independencia de la ritualidad en torno a su individualización, salvo que norma expresa lo impida²⁹⁵.

Según CORDERO, “la actividad de registro, en particular, se resuelve en la pura y simple causación de un hecho –el descubrimiento de una *res* o de una persona– en la cual reside el presupuesto naturalístico, más que normativo, de las medidas denominadas secuestro, arresto, detención y captura. Para secuestrar una cosa, corresponde tener la capacidad de disponer de ella y sobre todo, haberla localizado; pero la *consecutio* entre la búsqueda y la medida con que la prueba es vinculada al proceso, antes que librarse en un nexo de dependencia jurídica, aparece confinada sobre el plano de una pura secuencia histórica”²⁹⁶. Explica, además, que “la resolución adquisitiva, (...), rompe el nexo de causalidad jurídica entre el originario contenido ilícito y la disposición de la prueba en el juicio: la posesión de la cosa se despoja de todo timbre de antijuridicidad”²⁹⁷.

CARNELUTTI ha expresado sus críticas a esta aproximación, advirtiendo una falta de determinación de la premisa en que se basa, esto es: la antijuridicidad del acto mediante el cual se adquiere la prueba. Si se considera que la aprehensión de una cosa o de una persona son actos regulados por el derecho, entonces el discurso argumentativo de CORDERO debiese científicamente tomar en cuenta los arts. 184 y siguientes del c.p.p.i. Aunque CARNELUTTI reconoce que pueda tratarse de un uso elíptico de la expresión consciente por parte de CORDERO, estima necesario aclarar que el carácter de licitud o ilicitud sólo pueden predicarse respecto de un acto y, no de una cosa. Ahora bien, respecto de los actos de adquisición de prueba, éstos deben ser concebidos como actos de poder (actos transitivos) y no como actos ejecutados en cumplimiento de un deber (actos intransitivos), ya que lo que interesa son los poderes del juez y no las sanciones que puedan derivar al autor del acto mismo. Como consecuencia de lo anterior, el concepto con el que se debe operar, no es la ilicitud, sino la irregularidad del acto, entendida como deficiencia de alguno de sus requisitos, de los cuales depende su eficacia jurídica²⁹⁸.

Bajo la vigencia del nuevo código procesal de 1988, es claro que entre registro y secuestro, se instaura una relación jurídicamente relevante entre tales medios de búsqueda de la prueba, de ahí que se invoque la ausencia de una norma de un tenor análogo a la dispuesta en el art. 185 para excluir la inutilizabilidad del acto sucesivo.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que frente a un registro ilegítimo en los casos en que leyes especiales prevén hipótesis específicas de actividad de registro más o menos espurio (a saber, art. 33 de la ley n. 4 de 1929 en tema de violaciones financieras; art. 41 r.d. 773 de 1931 [*testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*] en materia de armas; art. 4 ley n. 152 de 1975 sobre el llamado registro sobre el puesto en materia de armas; art. 27 ley n. 55 de

²⁹⁵CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1791.

²⁹⁶CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 158. CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 42. Para el argumento de texto en que basa su postura ver nota n. 610; En la misma dirección vid. PISANI, Mario, “*La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*”, en *Rivista italiana diritto processuale penale*, 1967, p. 795 ss.

²⁹⁷CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 41.

²⁹⁸CARNELUTTI, Francesco, “*Chiose*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1961, p. 624 s.

1990 en materia de criminalidad organizada; arts. 99 a 103 d.p.r.n. 309 de 1990 en tema de sustancias estupefacientes; art. 12 D.L. n. 286 de 1998 en tema de inmigración clandestina), la policía judicial tiene la obligación de secuestrar legítimamente en forma autónoma, siendo el mismo utilizable, a efectos decisorios, en el procedimiento penal principal, en cuanto acto irrepetible²⁹⁹.

En este orden de ideas, tal dirección es compatible con cuanto sucede en el ordenamiento alemán con la denominada categoría de *Beweisverbote*, cuya existencia se consagra en normas expresas o bien extraíble en modo implícito de las garantías constitucionales de la persona. Frente a la ausencia de una norma general expresa en tal ordenamiento que regule las consecuencias sancionatorias de su violación, se debate sobre si su infracción incida o no en modo automático en el proceso, o si su aplicación deba estar siempre subordinada a la variable comparación de los intereses en conflicto, conducida por el juez caso por caso sobre la base del principio de «proporcionalidad».

Según COMOGLIO, “tal contraposición de direcciones, por cuanto sea extraña a un sector de experiencia caracterizado por rigurosas premisas de principio, se explica muy bien en aquellos casos en que –como se ha dicho– la aplicación de las prohibiciones probatorias no se encuentre expresamente enunciada por la ley, sino que deba deducirse «implícitamente» del sistema constitucional, quedando a menudo entregada a la discrecional apreciación del juez, en base a un *cost-benefit analysis* conducido sobre las «variables» del caso concreto”. A lo cual añade que: “El mismo margen de oscilación, evidentemente, no sería igualmente comprensible en los casos en que –como sucede en Italia, con el art. 191 c.p.p.i.– la ley se ha preocupado de disciplinar no sólo la sanción general que deba aplicarse a la violación de cualquier prohibición probatoria, sino también las modalidades y efectos con que la misma se encuentra destinada a operar en el proceso”³⁰⁰.

Ahora bien, una postura jurisprudencial, por llamar intermedia, que si bien reconoce un nexo funcional entre la modalidad de búsqueda de la prueba y el material aprehendido, capaz de producir la inutilizabilidad de la prueba secuestrada, admite de todos modos su utilizabilidad cuando el objeto corresponde al «cuerpo del delito» o a cosas pertinentes al mismo³⁰¹. Es del caso hacer presente las repercusiones que esta posición puede desplegar en la práctica, si se tiene en cuenta la verificación de un eventual alargamiento del concepto de «cuerpo del delito», que busca abarcar incluso «todo aquello que resulte indirectamente ligado al delito», o bien

²⁹⁹BORASI, Ivan, “*Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*”, op. cit. (n.293), p. 627 s.

³⁰⁰COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, op. cit. (n. 159), p. 1560 s.

³⁰¹ El caso paradigmático está constituido por la SCP, SU., 16 de mayo 1996, n. 5021, Sala, donde si bien afirma que la inviolabilidad del domicilio impide la utilización de la prueba obtenida con un registro efectuado ilegítimamente, ha concluido que de todos modos son secuestrables y utilizables como prueba el cuerpo del delito y las cosas pertinentes al mismo, llegando incluso a afirmar que tal secuestro subsana toda la conducta ilícita actuada por el oficial de policía en las fases inmediatamente precedentes al secuestro). Para un análisis crítico de la sentencia vid. PICCICHÉ, Federico, “*Sequestro a seguito di perquisizione illegittima: male captum bene retentum. Il caso Sala in Italia e il caso Loewen in Canada a confronto*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 623-626.

«todo lo que pueda resultar indispensable para la verificación de la modalidad de preparación y ejecución del delito», y «a la necesaria identificación del culpable»³⁰².

Puede resultar interesante conectar tal amplitud con la extensión conceptual que la actual jurisprudencia atribuye al «carácter indispensable» de los resultados de las interceptaciones efectuadas en otros procedimientos. Así, “según la Sección II, 18 de febrero de 2015, n. 12625, *Moi, Rv. 262927*, significa que los resultados de las captaciones deben ser necesarios para la prueba incluso de cualquier elemento de la imputación, incluidos los hechos relativos a la punibilidad, a la determinación de la pena, a la calificación del delito, y a las circunstancias atenuantes y agravantes. Por tanto, el carácter indispensable podría concurrir incluso si las registraciones son útiles como mero dato de contraste con declaraciones acusatorias”. Sin perjuicio de hacer notar la operatividad del límite contenido en el art 270 c.p.p.i. en orden a que los resultados de las captaciones deban ser indispensables para la acreditación de un delito para el cual sea obligatorio el arresto en flagrancia³⁰³.

Ahora bien, volviendo al tema inicial, CASIRAGHI sostiene la postura contraria, estimando que con tal razonamiento “se eludiría la garantía de la legalidad procesal, que connota la entera actividad investigativa y no sólo los resultados de tal actividad”³⁰⁴. En este punto se produce el contacto bajo la óptica de la prueba ilícita-penal y, más precisamente, con la relevancia de la conducta ilícita sobre el elemento cognoscitivo que se haya conseguido. La expulsión de tal material probatorio es imprescindible, por una parte, en virtud del respeto del principio de legalidad como cauce de garantía de la actividad investigativa; y por otra, por la observancia del debido proceso en conformidad con el art. 111 inc. 2° de la CI, con el objeto de evitar la disparidad de armas entre los contendores procesales, en virtud de los poderes coercitivos de que goza uno de ellos³⁰⁵.

Volviendo a la doctrina del *male captum bene retendum*, en cuanto al carácter autónomo del secuestro como premisa de la misma, BORASI explica que: “el hecho de que la valoración del secuestro deba efectuar una síntesis técnico-discrecional autónoma respecto del registro, no cambia la relación funcional entre los dos actos, y la eventual incidencia de aquél como presupuesto del acto consecuencial”, sin perjuicio de la diversa intensidad con que tal conexión pueda verificarse. En este orden de ideas, para determinar el grado de intensidad susceptible de

³⁰² A modo ejemplar, *vid.*: SCP, Sec. IV, ... 2011, n. 2622; SCP, Sec. II, 13 marzo 2007, n. 12929; SCP, Sec. II, 10 octubre 2007, n. 38903; Tribunale per i minorenni di Palermo, Ordinanza 20 abril 2007, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1812 s.

³⁰³ GIORDANO, Luigi, “*Percorsi della giurisprudenza in tema di intercettazioni*”, op. cit. (n. 162), p. 284.

³⁰⁴ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1791. En este sentido, entre otros: VIGORITI, Vincenzo, “*Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)*”, op. cit. (n. 271), p. 327; SPANGHER, Giorgio, “*«E pur si muove»: dal male captum bene retendum alle exclusionary rules*”, op. cit. (n. 275), p. 2828 s.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, op. cit. (n. 159), p. 1557; RUGGIERI, Francesca, “*Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*”, op. cit. (n.193), p. 137. Jurisprudencia a favor de la extensión del vicio: cfr. SCP, Sec. V, 26 agosto 1997; SCP, Sec. V, 22 septiembre 1995 (en *Cassazione Penale*, 1996, fasc. 5, 899, p. 1545, con motivación y nota adhesiva de P. Comoglio); SCP, Sec. V, 13 marzo 1992 (en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1127, con motivación y con nota adhesiva de F.M. Molinari).

³⁰⁵ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1792.

hacer operar *ex art.* 191 c.p.p.i, el autor propone, en clave evolutiva, considerar un doble aspecto: en primer término, efectuar una consideración de orden subjetivo, con particular referencia a la buena fe del agente, con el límite de la prohibición de abuso del derecho (sustancial y procesal), basada en la experiencia norteamericana; y, en segundo lugar, efectuar una prueba de resistencia de la «*invalidità viziante*» del registro.

BORASI construye este último aspecto (también en parte presente en la experiencia norteamericana con el criterio del «descubrimiento inevitable»), sobre la base de la distinción entre «*invalidità caducante*» e «*invalidità viziante*», originada en la jurisprudencia administrativa a partir de la decisión del Consejo de Estado n. 17 de 1955, confirmada por IV sesión del mismo con la decisión n. 5559 de 2007: “La primera se delinea solamente cuando la actuación inválida es el único e imprescindible presupuesto del acto consecuencial, mientras la segunda se realiza en el caso que entre ambos actos exista sólo una relación genérica e indirecta en una secuencia procedimental, que implica que el segundo acto sea sometido a una nueva y ulterior valoración de intereses”. Encontrándonos en la segunda hipótesis y considerando que la resolución sobre la validez del secuestro constituye un *provvedimento di natura vincolata*, el autor extrae la llamada «prueba de resistencia» como principio general deducible de cuanto dispuesto en el art. 21 *octies*, inc. 2º de la Ley N° 241 de 1990, modificado por la Ley N° 15 del 2005, que determine si el vicio es o no relevante para la consecución del acto³⁰⁶.

Como se advierte de cuanto anotado, a pesar del fundamento «formal» del enfoque tradicional que basa la existencia de la regla de exclusión en el respeto del principio de legalidad (bajo la premisa de que todo cuanto no se encuentra expresamente permitido ha de considerarse prohibido); el mismo de todos modos conduce a hipótesis conflictivas que incorporan una cierta incerteza en las soluciones concretas. Esto, sobre todo, por el riesgo de incorporar argumentaciones ajenas a la construcción misma del sistema y que conducen a la pretendida incorporación de criterios de ponderación que, finalmente, terminan por dejar sin efecto la *ratio* de la regla misma.

5. Prueba prohibida «favor rei» y utilizabilidad «in bonam partem»

La finalidad atribuida a las prohibiciones probatorias en cuanto límite a la actividad de investigación de los poderes públicos, hace surgir la cuestión sobre la admisibilidad de un empleo *pro reo* del conocimiento espurio. Se trata de determinar si, en este contexto, se reconoce o no operatividad al principio del *favor rei*.

a) Utilizabilidad in bonam partem en el Código de 1930

Bajo la vigencia del antiguo c.p.p.i., CORDERO, interrogándose sobre “la posibilidad de derogación de la prohibición, impuesta al juez, de valorar la prueba *irritualmente* adquirida, en

³⁰⁶BORASI, Ivan, “*Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*”, op. cit. (n. 293), p. 628 s.

caso que de la prueba que debiese ser amputada del proceso, surjan ilaciones favorables a la defensa”, estimaba que en tal caso no se trataba de una prohibición probatoria sino de una regla legal decisoria, que prohíbe al juez asumir determinadas adquisiciones como premisa de un pronunciamiento acreditativo de un ilícito penal: se trataría de una prueba inadmisibles pero procesalmente relevante *in bonam partem*³⁰⁷. Por este motivo, CORDERO concluye que “la declaración de inocencia de un inculcado es demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento”³⁰⁸ y por ello las pruebas viciadas pueden de todos modos ser utilizadas a favor del imputado, tratándose de «una feliz desobediencia del juez».

El hecho que tal excepción se haga consistir en la existencia de un principio general deducible del art. 152 del código del rito de la época relativo a la disciplina de la obligatoria declaración inmediata de determinadas causas de no punibilidad³⁰⁹, compartida por GALANTINI –bajo el actual código– mediante el reenvío al art. 129 c.p.i., que perpetuando el pasado, reafirma los principios precedentemente enunciados³¹⁰, resulta –con todo– una extrañeza para la habitual argumentación de CORDERO, en general rehacio al reconocimiento de principios generales recabables en forma implícita del sistema (que es el motivo por el cual requiere siempre disposición procesal expresa que imponga la inadmisibilidad de la prueba).

Dada la inexistencia de un régimen de inutilizabilidad de la prueba bajo la vigencia del código de 1930, la cuestión del uso de la prueba prohibida *pro reo*, se haya fuertemente relacionada con la deducción de prohibiciones probatorias implícitas en el ordenamiento. Así, por ejemplo, AMODIO, en materia de derecho al silencio y de las advertencias establecidas en el art. 304 para la persona no imputada, estimaba plausible pensar en la operatividad de una regla de exclusión probatoria deducida de la prohibición legislativa expresa en orden a utilizar *contra reum* las declaraciones efectuadas en violación a la disciplina de las advertencias, en modo de separar esta última del campo de invalidez de la nulidad. En esta perspectiva, proponía encuadrar el vicio en una nueva sanción, destinada a operar ya no en forma abstracta sino que en clave efectiva frente a la lesión de un interés defensivo. Por tanto, el interrogatorio viciado por la omisión de las advertencias no se trataría de un acto nulo, sino que tales declaraciones serían *ineficaces* siempre que perjudicaran los intereses del interrogado siendo usadas efectivamente en la resolución del juez; siendo, en cambio, eficaces en su contenido favorable al imputado.

³⁰⁷ CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 54.

³⁰⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 116.

³⁰⁹ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 171. “Optamos por esta última solución; por cuanto ella se encuadra en un principio general, que se desprende del art. 152: la acreditación de la inocencia es una apuesta demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del proceso”; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 143, “Un síntoma elocuente se advierte en el art. 152: la idea de una condena injusta suscita una tal repugnancia, que la ley permite la absolución, en sede de gravamen, más allá de los límites del *tema decidendum* propuesto con los motivos. En síntesis, el legislador es propenso a derogar las leyes del proceso, cada vez que una aplicación a ciega observancia importe el riesgo de una condena injusta”.

³¹⁰ GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 74 s. Sobre el art. 129 c.p.p., *vid.* MARZADURI, Enrico, *sub art. 129*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 106-126.

En definitiva, si el imputado efectuaba declaraciones en su favor ni siquiera se ponía el problema; viceversa, si el interrogatorio sin advertencias hacía surgir declaraciones perjudiciales, el vicio no residía en el acto, sino que en la utilización operada por el juez de su contenido. En esta misma dirección podría considerarse la sugerencia de CHIAVARIO, en cuanto a individualizar en el art. 6, n. 2 de la Convención de Roma una regla de exclusión de la prueba ilegítimamente adquirida, destinada a operar evidentemente solo respecto de la prueba *contra reum*, desde el momento en que la formulación normativa se encuentra referida únicamente a la hipótesis de condena³¹¹.

b) *Utilizabilidad in bonam partem en el Código de 1989*

Bajo la vigencia del nuevo c.p.i., la disciplina de la inutilizabilidad fisiológica es mucho más clara en este sentido, y se relaciona con el principio dispositivo de la prueba. En efecto, “las normas que regulan la inutilizabilidad fisiológica subjetiva debida a un defecto de contradictorio dan casi «descontado» la utilizabilidad del dato a favor del imputado, ya que las mismas se expresan afirmando que el elemento de prueba es utilizable a su respecto siempre que éste consienta en ello (arts. 238 inc. 2°-bis; 500 inc. 3°; 513 inc. 1°)”. Luego, en la inutilizabilidad fisiológica objetiva, la recuperación del dato probatorio favorable se encuentra incardinado al mecanismo del acuerdo entre las partes (arts. 431 inc. 2°; 493 inc. 3°; 500 inc. 7°). Ello se debe a que tales datos se encuentran afectados de una presunción de menor atendibilidad de modo que es el acuerdo de las partes el que confiere valor epistemológico a tales elementos³¹².

Contrariamente a lo señalado, el vigente código procesal penal no parecer haber esclarecido el punto en materia de inutilizabilidad patológica. En efecto, si bien parece poder deducirse una tendencia favorable en el texto expreso de algunas disposiciones tales como los arts. 63 inc. 1° y 197-bis inc. 5° c.p.i., ellos también permiten sostener la existencia de una regla general que lo impide, de modo tal de requerirse una autorización explícita a favor de determinados elementos de descargo³¹³. En efecto, los arts. 191 y 526 inc. 1° c.p.i., no

³¹¹ AMODIO, Ennio, “*Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell’interrogatorio dell’imputato in un libro recente*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 418 s. Con referencia bibliográfica a Chiavario, “*La convenzione europea dei diritto dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*”, Milano, 1969, p. 376 y a Scaparone, “*Agenti segreti di polizia*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1972, p. 183. Este último seguiría igual lógica en orden a considerar utilizables en sede procesal las declaraciones favorables al imputado efectuadas por el oficial de policía judicial sin indicación de la fuente confidencial.

³¹² CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 332 s.

³¹³ En este sentido al parecer ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 526; PANZAVOLTA, Michele, “*Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*”, en *Cassazione penale*, 2003, p. 3985 ss., sobre el carácter unilateral en la reglamentación de la norma, en términos de consagrar sólo la sumisión del «acusador» al examen defensivo; CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 964; con prescindencia que el imputado haya prestado consenso cfr. CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 333. Sobre el art. 209, vid. ORLANDI, Renzo, *sub art. 209*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol.II, p. 505.

permiten establecer distinción alguna en este sentido, por lo que a nivel de código se considera difícil estructurar una justificación general.

Un interesante argumento de texto dice relación con la referencia a la «culpabilidad» que efectúa el art. 111, inc. 4° CI y el art. 526, inc. 1°-bis, lo cual permitiría deducir que la inutilizabilidad dice relación sólo cuando la misma está a la base de una decisión condenatoria³¹⁴. Según CASIRAGHI, ello aun cuando se trate de prueba privada de dialéctica, dejando al juez la apreciación de su concreta atendibilidad³¹⁵.

En este sentido, BORASI, razona sobre la base del principio dispositivo, reconocido constitucionalmente en forma indirecta en el art. 111 inc. 3°. Dicho principio en relación al «justo proceso» consagrado en el inc. 5° de la misma norma sobre la formación de la prueba en el proceso y en el contradictorio de las partes, permitiría a su juicio afirmar que: “las normas en tema de inutilizabilidad deban ser interpretadas en la óptica del principio general del *favor rei*, con una valencia principalmente *contra reum*, sin que por eso se excluya la necesaria aplicación de las normas procesales en tema de adquisición/asunción, cuyo respeto debe ser asegurado a través de una actividad fundamentalmente de parte”. A su juicio, “debe tenerse en cuenta que el proceso penal está delineado en el sentido de tolerar que un culpable no sea condenado, pero no permitir en absoluto que un inocente sea sancionado, tal como da cuenta la disciplina en materia de revisión, prevista sólo a favor del imputado, y no *contra reum*”. Se trataría de un tipo de inutilizabilidad relativa cuyo origen podría ubicarse en la llamada «nulidad protectora», es decir, puesta a tutela de intereses de parte, considerados *ex ante* por el legislador, prevalentes respecto de otros y por tanto, merecedor de una particular protección³¹⁶.

“Así, en el caso que prueba abstractamente inutilizable desde un perfil patológico, ingrese al proceso, el juez sólo podrá valorarla a favor del imputado, sin perjuicio de la libre apreciación sobre la genuinidad de la misma [...]”, de modo que “prueba en abstracto *contra legem*, y por ende como tal indisponible, en caso de valencia favorable al imputado, puede, bajo determinadas condiciones, ser disponible, sobre la base de un balance teleológicamente orientado al *favor rei*”, debiendo el juez autorizar su ingreso al proceso. Del mismo modo, en caso de negocio probatorio negativo, es decir, cuando en conformidad al art. 495 inc. 4° las partes renuncien de común acuerdo al ingreso de un determinado medio de prueba, el juez, dotado de poderes oficiosos de control *ex art.* 507, no puede autorizar la renuncia en los casos en que la prueba sea absolutamente necesaria para la absolución del imputado³¹⁷.

Así, doctrina y jurisprudencia mayoritarias, se muestran contestes en la necesidad de encontrar un fundamento para su admisión en torno a una exigencia de justicia sustancial³¹⁸ y a

³¹⁴ Así, por ejemplo, RUGGIERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, op. cit. (n.193), p. 49 y 151.

³¹⁵ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1800.

³¹⁶ BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, op. cit. (n. 72), p. 384.

³¹⁷ BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, op. cit. (n. 72), p. 385.

³¹⁸ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1798; En efecto, TONINI/CONTI sostienen que la utilizabilidad *pro reo* es difícilmente justificable sobre el plano técnico, restando únicamente basarle en una exigencia de justicia sustancial, TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 109; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p.

los cánones de racionalidad propia de la función jurisdiccional, motivos por los cuales se entiende que no se requiere un reconocimiento expreso en el código del rito.

De este modo, como se advierte, los intentos doctrinales tendientes a reconocer la utilizabilidad de la prueba prohibida *pro reo*, han planteado por una parte, atender a la naturaleza de la violación que determina la ilegitimidad. En este orden de ideas, tal utilizabilidad sería consentida siempre que la regla tenga por objeto la tutela de intereses extraprocesales, de determinadas modalidades de asunción o la contaminación entre inutilizabilidad y decadencia del acto. Al contrario, no sería permitida, cuando la regla apunte a la tutela de la atendibilidad de la reconstrucción del hecho, es decir, siempre que no se trate de pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas en protección de la atendibilidad del elemento probatorio³¹⁹. Como indica CONTI, “la regla del *favor rei* sólo tiene sentido respecto de prueba que sea atendible; por tanto tal canon sólo vale para superar la inutilizabilidad patológica en sentido subjetivo y no objetivo³²⁰. Así, dentro de la inutilizabilidad patológica subjetiva, algunos han esbozado como criterio de delimitación de la utilizabilidad *pro reo* el examinar si las garantías han sido establecidas en favor del imputado o de terceros. Según CONTI, mientras en el primer caso es posible configurar un consenso presunto del imputado en cuanto a la utilizabilidad *pro se*; en el segundo caso tal utilizabilidad resulta difícilmente justificable³²¹.

Con todo, a juicio de ILLUMINATI, “de todos modos quedaría sin solución el caso, no improbable, que la demostración de la inocencia de un imputado consista en la prueba de la culpabilidad de otros, tal vez en el mismo proceso”³²². Según MELCHIONDA, en este caso, la respuesta debiese ser pacífica: el juez deberá utilizar aquella única prueba en ambas direcciones, sin que pueda hacer un uso parcial de la misma, ya que en caso contrario, se trataría de una decisión evidentemente deficiente y contradictoria, no sólo desde el plano formal, sino que sobre todo desde una perspectiva de justicia sustancial³²³. Contra este valor

526. En jurisprudencia sobre la no aplicación de la inutilizabilidad para ignorar un elemento de juicio favorable a la defensa: SCP, Sec. I, 26 noviembre 1996, n. 11027; SCP, Sec. V, 25 junio 2001, n. 32465; SCP, Sec. III, 26 febrero 2003, n. 18765. Cfr. Sobre inutilizabilidad de actos de investigación defensiva desarrollada en el extranjero: SCP, Sec. I, 29 mayo 2007, n. 23967 (en *Cassazione Penale*, 2009, 610 con nota de E. Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, p. 2049).

³¹⁹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 109 y GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 77 s. Cfr. CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 35, sobre un caso de inutilizabilidad especial directamente establecida en la CI: “En el art. 111, inc. 4° Const. figura, luego, una previsión inédita. Se trata de la disposición según la cual la culpabilidad no puede ser probada sobre la base de declaraciones efectuadas por quien por libre opción se ha siempre sustraído voluntariamente del examen del imputado o de su defensor. Se está ante una hipótesis «particularmente cualificada» de inutilizabilidad fisiológica especial subjetiva y objetivamente relativa. «Subjetivamente» porque la inutilizabilidad sólo opera respecto del imputado que no ha podido confrontarse con su acusador. «Objetivamente» porque las declaraciones no pueden ser utilizadas como prueba del delito, sino que sólo pueden valer exclusivamente como prueba de inocencia”, sin perjuicio que según algunos se trate más bien de un criterio de valoración.

³²⁰CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 330.

³²¹CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 330.

³²²ILLUMINATI, Giulio, “*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 526.

³²³MELCHIONDA, Achille, “*Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*”, op. cit. (n. 5), p. 133 s.

pluridireccional se muestra, en cambio, FILIPPI, para quien es posible sostener una utilización autónoma en sentido favorable para un imputado, sin implicaciones negativas para el otro³²⁴.

III. Debate acerca de la «naturaleza jurídica» del art. 11.1 LOPJ desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba en el contexto español

Cada una de las diversas posturas en su conexión de la garantía como parte integrante del núcleo de un derecho fundamental en concreto (sea sustancial o procesal [sea el derecho a la presunción de inocencia o al proceso celebrado con todas las garantías]), más allá de concebirlo como garantía implícita del sistema de derechos fundamentales en su conjunto, busca sostener que sus excepciones o limitaciones sólo puedan efectuarse por las vías y con las exigencias de legalidad constitucional previstas en el art. 53 CE. Sin embargo, la posición que se adopte en cada uno de estos sentidos, tendrá relevancia para una serie de cuestiones en materia de supuesto de aplicación y de régimen procesal.

1. Posición minoritaria: art. 11.1 LOPJ como Regla de exclusión en el contexto español

a) Regla de exclusión como garantía integrada en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías

Como se explicará al tratar la posición mayoritaria, el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías permite explicar mejor su aplicación a toda clase de procedimientos y permite sostener su alegación con independencia de la titularidad sobre el derecho extraprocesalmente lesionado.

Siguiendo el razonamiento de ARMENTA DEU, la ilicitud probatoria se incardina indirectamente en el art. 6 CEDH relativo al derecho a un «proceso equitativo», pues si bien el Convenio no contiene reglas que regulen la admisión y eficacia de las pruebas; sí la considera como límite al principio de libertad de prueba contenido en el art. 6.2. Esta disposición exige que la culpabilidad sea establecida legalmente, lo que sirve para “fundar una regla de exclusión adaptada a las particularidades del procedimiento penal continental, sancionando tanto la utilización de pruebas prohibidas u obtenidas de manera desleal, como también las que se han obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos irregulares”. Así, “a partir de esta exigencia de legalidad en la obtención de las pruebas, la garantía del proceso equitativo resulta incompatible con procedimientos de investigación basados en violencia, astucia o engaño y con métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales o que limitan su consciencia”. La citada autora explica que si bien el art. 6.2 también consagra la presunción de inocencia, debe rechazarse la posibilidad de que la prueba ilícita pueda incluirse

³²⁴FILIPPI, L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 242, citado en TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 109.

en éste, toda vez que el mismo no incorpora el régimen de admisión de pruebas. Tal habría sido el sentido de la resolución del caso *Schenck*: el derecho a la presunción de inocencia garantiza que se presuma tal condición hasta que la culpabilidad haya sido establecida, en tanto el derecho a que la culpabilidad se establezca en el seno de un proceso garantizado legalmente se incardina mejor en la noción de «proceso equitativo»³²⁵.

En lo que respecta a su concreción en el ordenamiento jurídico español, CALDERÓN CUADRADO indica que el derecho a un proceso con todas las garantías es un derecho complejo, que se reconoce sin fisuras para cualquier orden jurisdiccional y cuya acepción siempre aparece unida a garantías específicas, nunca a un genérico derecho al proceso, por lo cual deben descartarse las opciones interpretativas que lo relacionan a principios esenciales del proceso o, incluso a un proceso en su conjunto³²⁶.

Para la citada autora, partiendo siempre del carácter autónomo del derecho a un proceso con todas las garantías y de la indeterminación de su formulación, estima que la identificación de su contenido, es decir, de las instituciones procesales específicas que lo componen, exigen atribuirle un marcado carácter residual y subsidiario que lo delimitan de forma negativa o excluyente: esto es, será aplicable en defecto de garantías típicas constitucionalizadas y pese a su tenor literal («todas las garantías»), no se trataría de una norma omnicompreensiva sino que su ámbito de aplicación sería el propio de una norma de clausura: serviría para cerrar el sistema ante una posible insuficiencia de los mecanismos de protección procesal reconocidos específicamente en el resto de derechos fundamentales (que en cuanto integrantes de un sistema, no pueden comprenderse aisladamente). Negativamente, por tanto, no podrá acudir al art. 24.2 CE en este concreto y complejo contenido existiendo derechos específicos, ya que la subsidiariedad se traduce y resuelve fundamentalmente en una relación de exclusión.

En segundo lugar, su funcionalidad en orden a operar como clausura del sistema de garantías procesales constitucionalizadas, lo conduce a desempeñar una actividad integradora respecto de aquellos instrumentos de protección atípicos o no expresamente reconocidos, que en cuanto delimitación positiva resulta mucho más compleja que la anterior³²⁷. Así, en términos positivos el contenido de este derecho se limita a las garantías no formuladas típicamente que además, y en principio, tengan naturaleza procesal, como requisitos a cumplir por los mecanismos de protección que se integran en este derecho fundamental a un proceso con todas

³²⁵ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 156 s.

³²⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 155.

³²⁷ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, op. cit. (n. 326), p. 160 ss. La complejidad anotada se debe a que través del mismo y por aplicación del art. 10.2 CE “se ha dado cobertura a derechos consagrados en textos internacionales relacionados con garantías del proceso de manera que esos derechos se convierten en fundamentales aunque no aparezcan expresamente recogidos en el art. 24 de la Norma Suprema. Ahora bien, por otra parte y además, se ha pretendido y pretende su utilización cuando se infringen concretas exigencias procesales que se consideran también esenciales o básicas pese a carecer de reconocimiento específico en la Constitución o en Pactos o Convenios supranacionales. Esta interpretación, que lógicamente amplía la anterior, intenta fundarse bien en una jurisprudencia positiva al respecto —proveniente fundamentalmente del TEHD— bien, ante la inexistencia de ese respaldo, en la aplicación analógica de aquellas garantías sí incluidas”.

las garantías. Dado lo dispuesto en el art. 10.2 CE, cuando se trate de garantías recogidas en textos internacionales sobre derechos humanos no se plantearía problema alguno; sin embargo, la cuestión surgiría respecto de infracciones de exigencias procesales específicas no expresamente reconocidas por preceptos de tal naturaleza, como sería el caso de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Según CALDERÓN CUADRADO es necesario matizar ya que no cabría constitucionalizar todo el régimen del proceso, permitiendo incluso que el legislador ordinario construya garantías sin límite alguno. Así, el derecho a un proceso con todas las garantías debería amparar a los titulares de derechos e intereses legítimos que acudan a los tribunales solicitando tutela frente a desconocimientos legales o judiciales en los principios esenciales del proceso que no encuentren acomodo, lógicamente, en otros derechos fundamentales, excluyendo otros criterios de construcción de la realidad procesal que respondieran a exigencias técnicas o de estructuración simplemente formal. En segundo lugar, también debería dar cobertura a infracciones especialmente graves, del legislador y sobre todo del juzgador, referidas no a esos principios generales y abstractos del proceso, sino a concretos presupuestos, necesariamente esenciales, de aquellas instituciones que se han considerado básicas del mismo o, incluso, a estas últimas. “La prueba sería una de ellas, consecuentemente la entrada en juicio de elementos probatorios ilícitamente obtenidos y su subsiguiente valoración por el órgano jurisdiccional afectaría también al derecho a un proceso con todas las garantías. La exclusión, entonces, de quebrantamientos de menor relieve y gravedad referidos tanto a requisitos de efectividad como a derechos procesales no elementales no plantearía problema alguno”³²⁸.

En este orden de ideas es que se enmarca la posición doctrinal³²⁹ favorable a la identificación de la naturaleza jurídica de la garantía como regla de exclusión en el derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías. En esta tendencia se ubica MARTÍNEZ GARCÍA –siguiendo los aportes efectuados por la doctrina constitucional y por la filosofía del derecho–, partiendo de la premisa de que todo derecho fundamental goza de una perspectiva negativa y positiva, en cuanto derecho del titular a que el Estado se abstenga a limitarlo (negativa) y derecho a que el Estado cree los medios que garanticen su ejercicio (positiva). Es del caso recordar que este mismo esquema es empleado por PICÓ I JUNOY para la consideración de la norma del art. 11.1 LOPJ como regla de exclusión.

Este último entiende que –desde la perspectiva del sujeto pasivo– la recepción procesal de esta prueba comporta una infracción de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Así, la STC 50/2000, de 28 de febrero, afirma en su f.j. 2º que: “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el proceso con

³²⁸CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, op. cit. (n. 326), p. 165.

³²⁹CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 29 ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 31 ss.; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, op. cit. (n. 326), p. 155 ss.

todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”³³⁰.

Según MARTÍNEZ GARCÍA ambas perspectivas (positiva y negativa) se desarrollan y se garantizan a través de expectativas y derechos exigibles y ejercitables frente al Estado, que constituyen lo que se denomina «garantías primarias» en cuanto expectativas de obligación o prohibición que el titular del derecho fundamental tiene a su favor. Sin embargo, frente a ellas existen también las llamadas «garantías secundarias» relativas a la expectativa de protección jurídica, de accionabilidad en juicio y de declaración de nulidad frente a las violaciones de las garantías primarias. Como se advierte, este segundo tipo de garantías, ya no tiene por objeto directo la tutela del derecho originalmente vulnerado, sino que apuntan a proteger las garantías que los protegen³³¹.

Según MARTÍNEZ GARCÍA, este esquema es aplicable al núcleo esencial del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías, el que también estaría integrado por una perspectiva positiva y negativa: en su *status* negativo incluye el “derecho del ciudadano sujeto a un proceso que se desarrolle dentro del marco constitucional impuesto por las exigencias de los principios de igualdad, contradicción y audiencia efectiva de las partes, a que sus derechos fundamentales afectados en un marco de investigación se efectúe en forma respetuosa con la configuración legal requerida por la Constitución y Leyes de desarrollo, y que obligue a los poderes públicos a autolimitarse en cualquiera de sus formas y motivos de injerencia frente a él y sus derechos con plena supeditación a estas normas, so pena de expulsión (art. 11.1 LOPJ).

En su *status* positivo, en cambio, comprendería el derecho del ciudadano/obligación de los órganos jurisdiccionales de supervisar/expulsar/no valorar todo el acervo de prueba obtenido con violación directa o derivada del derecho o libertad fundamental, pudiendo por ende impugnar el acervo probatorio obtenido directa o derivadamente de la ilicitud constitucional, sufrida en los derechos de los que es titular o sufrida por un tercero, pero cuyo resultado afecta a su propio proceso³³².

De este modo, MARTÍNEZ GARCÍA concibe una doble función del art. 11.1 LOPJ. En primer lugar, constituiría un instrumento creado por el legislador como garantía o protección (intraprocesal) de los derechos fundamentales en sentido estricto, que hubiesen sido violentados en el ámbito de su ejercicio extraprocesal, con el objeto de privarles de utilidad en el proceso. Con dicha norma se consagraría un mandato dirigido –principalmente– a los poderes públicos y –de forma indirecta– a cualquier tercero, para desincentivar al posible transgresor con la sanción de la expulsión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

Luego, en segundo lugar, distingue una función de garantía, como norma reguladora de una de las garantías primarias del derecho fundamental al proceso celebrado con todas las

³³⁰PICÓ I JUNOY, Joan, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, op. cit. (n. 210), p. 543 y 547.

³³¹MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 31 s.

³³²MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 33 s.

garantías, que por ello tiene la función específica de incorporar la eficacia refleja o efecto expansivo contaminante de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen. Sobre la base de tales reflexiones, la autora concluye que la primera función de garantía del art. 11.1 LOPJ resulta casi irrelevante puesto que la expulsión de lo obtenido directamente con la violación de un derecho fundamental descansa en la propia fundamentalidad de los derechos en cuestión y por ende, con la esencia del Estado de Derecho³³³. Así, el gran aporte del art. 11.1 LOPJ sería la incorporación del efecto reflejo como garantía secundaria, toda vez que operaría para asegurar el respeto de la garantía primaria consistente en que el material probatorio así obtenido sea efectivamente excluido de todo tipo de utilización.

De esta concepción resulta una muy importante consecuencia: dado que el art. 11.1 LOPJ en su primera función constituye una garantía primaria del art. 24.2 CE, y una garantía secundaria en su segunda función, y por ende parte integrante del contenido esencial del referido derecho, ocurre que cualquier interpretación que se haga sobre la regla del art. 11.1 LOPJ afectará al art. 24.2 CE, lo cual incluye el mencionado efecto reflejo.

De este modo, por una parte, quedaría vedado al juez, en virtud del *status negativo*, efectuar injerencias a su respecto mediante la propulsión de juicios de ponderación o de «desconexión de antijuridicidad», ya que la creación de posibles excepciones a la regla del art. 11.1 LOPJ constituiría una prerrogativa exclusiva del legislador de conformidad con las exigencias establecidas por el art. 53 CE. Una segunda consecuencia, es que con tal aproximación sería posible configurar una base doctrinal para que, desde una perspectiva *positiva*, el juez esté obligado a la expulsión de estas pruebas del proceso³³⁴. Es precisamente este extremo el que habría sido descuidado por la STC 81/1998, y que a juicio de MARTÍNEZ GARCÍA, lo hace incurrir en una “clara contradicción al reconocer simultáneamente uno de los contenidos de este derecho al proceso debido, pero admitir excepciones aleatorias al mismo, y consecuentemente, al sólo darle efectividad (amparo) si afectó a la presunción de inocencia al condenarse sobre pruebas afectadas por la ilicitud”³³⁵.

b) Regla de exclusión como garantía integrada en cada derecho fundamental sustancial

Para ASECIO MELLADO³³⁶, la prueba ilícita constituye una denominación que “hace referencia a una categoría jurídica, con fundamento constitucional, que tiene su origen en la

³³³ Sin embargo, como se verá excluye del ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ la obtención de pruebas en fase de investigación preliminar, señalando que, desde esta perspectiva se trataría de “una garantía objetiva del derecho fundamental a un proceso justo dentro del ámbito del estado de derecho (art. 24 CE), que no permite violación de un derecho fundamental en la actuación investigadora de un proceso criminal”, *vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 56.

³³⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 37 s.

³³⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 41 ss. Más adelante agrega: “Se le olvida al Alto Tribunal que la admisión de estas pruebas supone aceptar la violación de unos derechos que forman parte, ahora sí, de la estructura esencial del Estado de Derecho y éstos son, no sólo los derechos sustantivos en cuestión sino el derecho procesal objeto de estudio (y la garantía del art. 11.1 LOPJ)”.

³³⁶ ASECIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), citas extractadas de p. 3. Véase también: ASECIO

obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos fundamentales de naturaleza material, no procesal (...) El fundamento, pues, de la prueba ilícita, en tanto deriva de la posición preferente que ocupan los derechos en el ordenamiento jurídico, no puede ser otro, que la preservación del contenido esencial de cada derecho afectado por la injerencia ilegítima, pues su efectividad exige, aunque paralelamente se verifiquen otros fines de carácter disuasorio, la ineficacia de las pruebas obtenidas mediante agresiones inconstitucionales”. Según el citado autor, el que se circunscriba a derechos fundamentales de carácter sustancial, se alinearía con cuanto señalado por la STC 81/1998, de la cual efectúa una lectura que le permite concluir: “que la prueba ilícita sólo se produce cuando resulta la violación de derechos materiales, no los procesales, que tienen su cauce en la nulidad de los actos procesales o en la presunción de inocencia cuando viene referida a la infracción de derechos de esta naturaleza (la contradicción)”³³⁷.

De otra parte, en orden a la compatibilidad de su posición personal con la planteada por el TC (sea en orden a ubicar el fundamento del instituto en el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la prueba pertinente, o en el de presunción de inocencia), la misma es expresamente reconocida por el propio autor, al indicar que éstas pueden ser consideradas un «fundamento mediato de la misma», que deben ser desarrollados con extremo cuidado para evitar confusión con otras figuras.

En efecto, explica que mientras la presunción de inocencia lleva a trasladar la denuncia de la ilicitud probatoria al juicio oral como si fuese una prohibición de valoración; el derecho al proceso con todas las garantías ha implicado una suerte de equiparación con la nulidad de los actos procesales. De ahí que –a juicio del autor– si lo que se pretende es destacar la autonomía de la prueba ilícita, la misma deba fundarse de manera independiente en el derecho violado per sé (protección específica), en su eficacia.

Muy interesante son sus reflexiones en orden a que, si se quiere hablar del derecho a un proceso con todas las garantías, habría que hacerlo atendiendo a una garantía propia, autónoma –ínsita en la esencia de cada derecho violado–, ya que la prueba ilícita no puede constituir un vicio *in procedendo*, ya que no se refiere a derechos procesales, sino a derechos materiales. Ello es lo que justifica que su anulación no exija la producción de indefensión y tampoco permita la subsanación del vicio.

A continuación, explica que aun cuando de llegar al momento de la sentencia esta prueba deba ser excluida como base de una condena, ello no se fundamenta en el derecho a la presunción de inocencia, ya que la prueba ilícita no lo es por el hecho de no haber sido practicada con las garantías inherentes a los medios de prueba o por no incorporar un sentido incriminador, sino, simplemente, por atentar contra derechos fundamentales, más allá de que el

MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.

³³⁷ASENCIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, op. cit. (n. 336), p. 6.

medio con que se incorpore sea válido o hábil para ser tenido como prueba y útil para una condena en sentido incriminatorio.

En este punto, vuelve a parecer cómo la toma de posición sobre la naturaleza jurídica de la garantía se plantea en miras al tratamiento procesal eventualmente aplicable, tal como se verá que hace el TC para habilitarse de competencia para el conocimiento del recurso de amparo, con el objeto de conducir el tratamiento procesal en términos de retroacción procesal o no. Se volverá a ello en materia del régimen recursivo en caso de inaplicación del art. 11.1 LOPJ.

CAMPANER MUÑOZ, critica esta aproximación que busca fundamentar la prueba ilícita exclusivamente en los derechos materiales vulnerados, con un régimen propio, no identificado con ninguno de los derechos contemplados en el art. 24 CE, de suerte que la eficacia del mismo derecho sea la que imponga la exclusión de toda prueba obtenida con infracción de sus elementos esenciales. Según el citado autor, a pesar de lo sugerente de la tesis de ASENCIO MELLADO, la misma envolvería una aporía en sentido etimológico, ya que, en realidad, se estaría situando en un estadio anterior, en modo alguno incompatible con la fijación del fundamento constitucional de la regla de exclusión en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. La violación de cada derecho material se consumaría con la ilegítima injerencia y, en un momento ulterior (ya en fase de agotamiento de la conculcación, con su eventual incorporación y, en su caso, mantenimiento en el proceso), padecería el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo ello resulta más fácilmente perceptible desde el momento en que la prueba inconstitucionalmente obtenida pudiera producir, directa o indirectamente, efectos procesales tales como la imputación o la adopción de medidas cautelares; y en una tercera etapa, de sustanciarse condena con base exclusivamente en la prueba ilícita, cabría hablar de una violación en cascada, ya que también padecería el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

De este modo, para CAMPANER MUÑOZ “se aprecia claramente que una cosa es la injerencia inconstitucional, que afectaría a la médula del derecho fundamental lesionado en cada caso con su mera restricción; otra su incorporación misma al proceso y, en su caso, la producción de efectos procesales, que cercenaría el derecho a un proceso con todas las garantías; y, por último, otra muy distinta la utilización de prueba inconstitucional para enervar la verdad interina de inculpabilidad que supone la presunción de inocencia como regla de juicio (...) con ello nos hallaríamos ante una realidad poliédrica, en la que se apreciarían distintas patologías interrelacionadas entre sí, pero cuya piedra de toque no sería sino la afectación del derecho a un proceso con todas las garantías, en cuanto que un proceso no puede ser justo ni equitativo (el debido proceso) si en su seno se incorporan elementos inconstitucionalmente obtenidos”. En este contexto, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías constituiría un *prius* lógico a la eventual violación de la presunción de inocencia como regla de juicio³³⁸.

³³⁸ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 33 a 35. Con todo, desde su especial aproximación, en términos similares ASENCIO MELLADO, José

El esquema anotado, nos permite adelantar desde ya parte de lo que se sostendrá en esta tesis: el razonamiento expuesto por ASENSIO MELLADO debe estimarse aplicable en sede ordinaria [entiéndase de tribunales de instancia]. Tal como se dirá en la revisión de la STC 114/1984, en sede ordinaria, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba, implica constatar la existencia de una injerencia ilegítima que, a su vez, implica la desobediencia o desconocimiento del cumplimiento de los límites materiales y formales del derecho afectado y que han sido establecidos a modo de garantías primarias de los mismos. En este marco, al juez de instancia le es imperativo aplicar lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ en su carácter de garantía constitucional secundaria al derecho sustantivo o procesal lesionado, sea en sede extra o intraprosesal. En caso que el juez de instancia no proceda en el modo señalado, esto es, en caso que no haga aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, la revisión de dicha actuación se realizará en sede de casación o en sede de amparo. En ambos casos, el análisis recaerá en la eventual lesión del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías, y que consiste precisamente en la imperativa aplicación de la garantía de inadmisión del art. 11.1 pero en su carácter de garantía primaria de este derecho fundamental de carácter procesal. Si bien es cierto que para ello deberá entrar a analizarse la lesión del derecho sustantivo o procesal inicial como parte del supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, no puede perderse de vista que es la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías el derecho fundamental de referencia, una vez inaplicada la regla.

Sin embargo, no se puede negar que la manera en que ambas posiciones explican el fundamento de la garantía de inadmisión desde la posición prevalente de los derechos fundamentales sustantivos, no logra superar la crítica de quienes mayoritariamente entienden que predicar su inclusión en el contenido constitucional de cada uno de los derechos fundamentales, no sería conveniente al imposibilitar invocarla cuando se trata de una persona distinta a su titular (o que no tuviese al menos un interés legítimo directo en él) que intentase impedir el acceso de dicha prueba³³⁹. Este obstáculo no se presentaría, en cambio, en el esquema personal ofrecido en el último capítulo de esta tesis.

2. Posición mayoritaria: art. 11.1 LOPJ como garantía procesal del derecho a la presunción de inocencia: prohibición de valoración

a) Posición doctrinal mayoritaria

María, “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26, 2012, p. 29: “La prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena”; y, LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “La eficacia refleja de la prueba prohibida”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 19, 2009, p. 21, “De esta manera, lo que determina la validez de una prueba es el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías”.

³³⁹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 32.

En España la gran mayoría³⁴⁰ de la doctrina descarta la existencia de una prohibición de admisión de la prueba ilícita como contenido del efecto del art. 11.1 LOPJ; reconociendo, en cambio, la existencia de una prohibición de valoración. En el mismo sentido, se pronuncia la jurisprudencia, por lo que finalmente opta por diferir el análisis de la licitud o ilicitud de la prueba al momento de dictar sentencia.

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, y siguiendo la estructura esbozada en la STC 114/1984, cuando la ilicitud probatoria proviene de la lesión de un derecho fundamental sustantivo, no cabe acudir al TC para que sea declarada la nulidad de la prueba ilícita invocando directamente la lesión del mismo. La forma de canalizar el amparo requiere su plasmación en una regla procesal que debe identificarse en el art. 24 CE: esto es, habrá que aducir el quebrantamiento de un derecho fundamental de naturaleza procesal, art. 24, por parte del órgano jurisdiccional que tomó en consideración una conducta que tuvo su origen en la lesión de un derecho fundamental³⁴¹. En cambio, si se tratase de la lesión de un derecho de carácter procesal, bastaría la propia invocación de la garantía procesal constitucionalizada del art. 24 CE, por ejemplo, el derecho a no declarar contra uno mismo.

De este modo, en el primer caso, se trata de resolver en cuál de los derechos fundamentales procesales contenidos en el art. 24 se debe ubicar la cuestión de la prueba ilícita obtenida en lesión de derechos fundamentales sustantivos (afectados en sede extraprocesal en sentido estricto: *rectius* «preprocedimental», para estos autores). En opinión de los citados autores, “la presunción de inocencia se convierte, pues, por imperativo de la propia jurisprudencia del TC³⁴², en el derecho fundamental que abarca necesariamente cualquier aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal”. Entienden que el derecho a la presunción de inocencia comprende tanto los supuestos de ilicitud intraprocesal (considerados infrecuentes en la práctica) en que es una conducta procesal la que provoca la lesión de una garantía procesal constitucionalizada (por ejemplo, la advertencia al acusado de su derecho a no declarar), como supuestos ajenos a la ilicitud probatoria (estimados más habituales) cuando con ocasión de la práctica de un medio de prueba se infringen garantías procesales constitucionalizadas (por ejemplo, la eventual infracción al derecho de defensa, sea por la ausencia de contradicción, intermediación, etc.), ya que en ambos casos, la infracción de tales garantías constitucionalizadas necesariamente repercutirá en una infracción al derecho a la presunción de inocencia si tal prueba es efectivamente valorada y puesta a la base de la condena del imputado.

³⁴⁰ En este sentido, a modo ejemplar, *vid.*: DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), *passim*; ARMENTA DEU, Teresa, “Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal”, op. cit. (n. 32), p. 188; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, op. cit. (n. 113), p. 42.

³⁴¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 27 s.

³⁴² En este sentido: STC 86/1995; STC 54/1996; STC 127/1996. El fundamento basado en la presunción de inocencia también parece haber sido sostenido en STS de 12 de septiembre de 1986 (R.Ar. 4671); STS de 17 de febrero de 1999.

En estos casos, la prueba de cargo ha sido practicada sin todas las garantías, y por ende, no puede estimarse suficiente para la condena ni apta para la destrucción de la presunción de inocencia, que es precisamente el parámetro que garantiza la existencia y calidad de la actividad probatoria de cargo. Finalmente, tratándose de supuestos de ilicitud probatoria intraprocesal (fase de investigación y de juicio) en que el carácter del derecho fundamental lesionado sea sustancial, obviamente no se produciría esta superposición de derechos fundamentales recién anotada, y en todo caso la garantía objetiva en que consiste la prohibición de admitir las pruebas que lesionaron derechos fundamentales sigue siendo la presunción de inocencia³⁴³.

En este sentido onmicomprensivo, para MIRANDA ESTRAMPES “la ilicitud de la prueba, en un sentido amplio, forma parte del contenido nuclear del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE. La presunción «iuris tantum» de inocencia como verdad interina de inculpabilidad exige para poder ser destruida, según una constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la concurrencia de prueba suficiente que pueda razonablemente ser calificada de cargo y que haya sido practicada con todas las garantías constitucionales y procesales. La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva, por tanto, de la consagración constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental”. De este modo, para el citado autor, las pruebas practicadas sin las necesarias garantías (que son las establecidas en el art. 24 CE relativas a la contradicción, intermediación, publicidad y oralidad), constituyen un supuesto de prohibición de valoración probatoria, ya que estas actuarían como concreciones del contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia³⁴⁴.

Vale en todo caso destacar que en lo que respecta a este último autor, su posición no me parece del todo clara en lo que respecta al contenido de la garantía, puesto que si bien alude a una «prohibición de valoración», en otras sedes también se ha referido a la misma como «prohibición de admisión», siendo uno de los exponentes de la doctrina española que ha

³⁴³DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7). Para un análisis en profundidad sobre el alcance de la presunción de inocencia en el marco español, vid. VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal* (1ª edición, Madrid, La Ley, 1993), 414 p.

³⁴⁴MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 89 s. De este modo “aunque en la fase de obtención de las fuentes de prueba no se hubieran vulnerado directamente derechos fundamentales, si en el momento de su incorporación y/o práctica en el proceso no se respetaran las citadas garantías procesales dichas pruebas no podrían ser valoradas (...) De entre las garantías mencionadas cobra especial importancia la de contradicción por su estrecha relación con el derecho de defensa. La contradicción debe respetarse no sólo durante la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, sino también durante la práctica de las diligencias sumariales, especialmente de aquellas no reproducibles en el acto de la vista oral”. El autor analiza la exigencia de contradicción como manifestación de autodefensa y lo ejemplifica con los casos en que la propia LECrim requiere de la presencia o intervención del imputado en la práctica de diligencias sumariales, de modo que un incumplimiento en tal sentido conllevará a una limitación de sus posibilidades de defensa y con ello a la imposibilidad de ser apta para la destrucción de su presunción de inocencia. En este sentido, es relevante hacer notar cómo el autor desarrolla su argumentación manteniendo la denominación de prueba irregularmente practicada, refiriéndose con ello a una prueba de valoración prohibida, respecto de la cual debe descartarse toda subsanación o convalidación, sin mayores disquisiciones, y predicándose a su respecto la aplicación del efecto reflejo.

defendido con mayor ímpetu la anticipada expulsión de este tipo de elementos probatorios al reconocer expresamente el carácter de regla de exclusión de la misma³⁴⁵.

Continuando con el análisis, como sintetiza ANDRÉS IBÁÑEZ: “El art. 11.1 LOPJ, según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del art. 24.2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida. Por tanto, lo reglado en esa primera disposición es mera proyección normativa de lo expresado en la segunda. Y en ambas se plasma una precisa opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los EEUU, cuyo ordenamiento concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir abusos policiales (*deterrent effect*). Pero no como derecho fundamental en sí mismo: un dato que impide apresuradas asimilaciones de ambos sistemas como las que, no obstante, frecuentemente se hacen”³⁴⁶.

A propósito del amplio contenido del derecho a la presunción de inocencia, DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES señalan que en España, inversamente a lo que sucede en el derecho norteamericano del *due process* o con la jurisprudencia del TEDH con el justo proceso³⁴⁷, el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías no posee la amplitud que la jurisprudencia del TC ha reconocido al contenido del derecho a la presunción de inocencia³⁴⁸. Este derecho no sólo comprende la mera formulación del *onus probandi*, sino que también se convierte en filtro de la cantidad y calidad de la actividad probatoria. De ahí que se muestren contrarios a la ubicación de la garantía de inadmisión en el derecho a un proceso con todas las garantías en el modo en que ha sido formulado por la jurisprudencia del TC, según ellos iniciada con la STC 81/1998³⁴⁹. En clave crítica también denuncian el problema de una supuesta superposición de garantías constitucionales de naturaleza procesal que volvería artificiosa la construcción planteada por la mencionada sentencia.

Así, en base al supuesto de la obtención de información a través de una intervención telefónica practicada sin cobertura judicial utilizada para fundamentar una condena, que en su concepto implica la infracción del art. 18 CE en el acto de investigación y la lesión al derecho a

³⁴⁵ Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 54, “La configuración de la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal determina que constatada la violación de un derecho fundamental la consecuencia sea la exclusión de la prueba del proceso y, por tanto, la prohibición de admisión y de valoración de la misma”.

³⁴⁶ Voto particular en STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, f.j. 3º, párrafo 1º.

³⁴⁷ Para una síntesis de la doctrina del TEDH, vid. ARMENTA DEU, Teresa, “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, op. cit. (n. 127), p. 371 ss.

³⁴⁸ Sobre el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, cfr. CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, op. cit. (n. 326), p. 164; ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 157.

³⁴⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 33 ss.

la presunción de inocencia al tenerla en cuenta; advierten que bajo la óptica del TC tal estructura sería sustituida por la siguiente: lesión del art. 18 CE en el acto de investigación; menoscabo al derecho al proceso con todas las garantías al valorar la prueba, y quebranto de la presunción de inocencia al utilizar esa prueba como fundamento de la condena. Según este razonamiento, la superposición de derechos se produciría con ocasión de la conducta procesal consistente en tomar en consideración una prueba ilícita como fundamento de la condena³⁵⁰.

A mi parecer, el equívoco de los autores radica en perpetuar la errada aproximación de la STC 81/1998 en orden a no reconocer el carácter de regla de exclusión en la norma del art. 11.1 LOPJ y, en su lugar, considerarla como una prohibición de valoración³⁵¹. De hecho, contrariamente a cuanto el título de su obra parece suponer bajo la rúbrica «garantía de inadmisión», circunscribir el ámbito de aplicación del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías a la mera valoración y el derecho a la presunción de inocencia a la valoración a efectos de condena, no resulta redundante sino equivocado en su supuesto de aplicación. En este punto como se dirá a propósito del análisis de la STC 114/1984: se trata de una regla de exclusión cuyo efecto consiste en una garantía de inadmisión de la prueba, bastando la constatación que una prueba calificada de ilícita haya sido efectivamente ingresada en el acervo probatorio puesto a disposición del órgano jurisdiccional para su posterior valoración, para que el derecho a un proceso con todas las garantías se entienda lesionado³⁵².

ARMENTA DEU efectúa una síntesis de la abundantísima doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia en su vertiente de regla del juicio fáctico de la sentencia penal, estructurándolas en tres reglas, a saber: *a*) que la actividad probatoria de cargo susceptible de integrar el convencimiento de la certeza de culpabilidad deba ser debidamente practicada; *b*) que la prueba practicada deba constituir una «mínima actividad probatoria de cargo» y *c*) que las pruebas hayan sido obtenidas y practicadas con todas las garantías. Ocurre entonces que centrando nuestra atención en esta última, como indica la citada autora, ella comprende que: *i*) la prueba deba ser practicada en el juicio oral; *ii*) que su práctica deba realizarse con inmediación, oralidad, concentración y publicidad; *iii*) sometida a contradicción; y *iv*) obtenida sin vulneración de derechos fundamentales³⁵³. De dicha lectura es fácilmente aprehensible que la tercera regla constituye por sí sola tanto el supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, como el efecto propio del mismo, cual es, que la prueba así obtenida no pueda ingresar al material objeto de valoración del juez. De este modo, ocurre que en términos lógicos, la prueba así obtenida es «nula» por un fundamento diverso y autónomo frente a la presunción de inocencia, que como ha señalado el TC se erige como parámetro de validez de la sentencia y no de la prueba.

³⁵⁰DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 35.

³⁵¹ Confusión también presente en STC 85/1994, de 14 de marzo, que recrimina el hecho que el elemento probatorio derivado del conocimiento obtenido a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones haya sido objeto de valoración probatoria.

³⁵² En este sentido se pronuncia CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 31.

³⁵³ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 65 s.

Así, otra cosa es que la presunción de inocencia sirva como parámetro para determinar el destino final de la tramitación de la causa. En este sentido, declarada la ilicitud de la prueba y por ende, la infracción al derecho a un proceso celebrado con todas las garantías, el TC debiese siempre acoger el amparo, anular la sentencia y expulsar la prueba ilícita refleja en los casos que ésta constatación resulte evidente, para luego remitir la causa al juez ordinario no inhabilitado para la resolución definitiva del asunto sobre la base de material probatorio libre de prueba ilícita; y por ende, susceptible de ser puesto a la base de la decisión del tribunal, sea en términos condenatorios o absolutorios, ya que de otra forma exorbitaría su competencia inmiscuyéndose en el conocimiento del fondo del asunto³⁵⁴.

En caso que la constatación sobre la existencia de «prueba derivada» no sea evidente, entonces el TC debiese acoger el amparo y reenviar la causa a fin que el juez ordinario no inhabilitado determine si existen o no otras pruebas y constatar si guardan algún nexo de causalidad con ella y por ende, declarar si se encuentran o no contaminadas³⁵⁵⁻³⁵⁶. Si no existen

³⁵⁴ Sobre la actual posición matizada del TC acogida por el TS, esto es, que cuando la conexión de antijuridicidad no sea evidente, se entienda necesario reenviar el asunto al tribunal de instancia para su resolución, *vid.*: voto particular de la Magistrado Elisa Pérez Vera en STC 173/2011, Sala 2ª, 7 de noviembre de 2011 (BOE N° 294, de 7 de diciembre de 2011); STS 320/2011, Sec. 1ª, de 22 de abril de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 2º que, citando a su vez STC de 28 de septiembre de 2009, señala que: “Tras declarar el TC la nulidad de tales intervenciones telefónicas, (...) el TC reenvía el asunto al Tribunal sentenciador para que determine si entre tales diligencias probatorias y las anuladas por vulneración del art. 18.3 de nuestra Norma Fundamental, existe, o no, una conexión natural o causal, que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, es decir, lo que se ha denominado como «conexión de antijuridicidad», es decir, la existencia de un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas, porque, en caso contrario, no existe una prohibición de valoración, al resultar jurídicamente independientes de las primeras”.

³⁵⁵ En este sentido: STC 85/1994, f. j. 4º; STC 49/1996, f.j. 6º; 54/1996, f.j. 8º y 9º. Cfr. STC 139/1999, f.j. 5º: “si la conexión de antijuridicidad, por los juicios de experiencia inherentes a ella, corresponde a los tribunales ordinarios, la relación entre la prueba originaria y la derivada es una cuestión que también deben resolver éstos. El TC debe determinar cuándo la prueba que se pretende utilizar proviene directamente de la lesión del derecho fundamental, pero si se comprueba que no es así, FJ 4º, STC 139/1999, el juicio sobre la conexión de antijuridicidad corresponde siempre, en una primera instancia insoslayable, a los tribunales ordinarios”, síntesis extractada de DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 123; STC 49/1999, f.j. 4º “Por consiguiente, en el presente caso, habiendo establecido el canon en virtud del cual los Tribunales competentes han de determinar si las pruebas derivadas son o no constitucionalmente legítimas, termina nuestra jurisdicción, sin que podamos determinar ahora si se ha vulnerado la presunción de inocencia, cosa que todavía corresponde declarar a los Tribunales ordinarios”.

³⁵⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 122 a 127, trata la polémica e incerteza de la jurisprudencia del TC en orden a determinar si el mismo tiene competencia para pronunciarse acerca de la existencia de prueba derivada cuando la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la negación de la lesión original de un derecho fundamental, no ha procedido con el análisis del juicio de experiencia propugnado por la doctrina de conexión de antijuridicidad. El debate se abre debido a que en la STC 81/1998 el TC se atribuye una competencia meramente revisora de la razonabilidad de tal juicio de experiencia, por lo que se concluye que en una primera instancia le correspondería insoslayablemente a los tribunales ordinarios. Obviamente ello no tiene sentido. De los argumentos expuesto por los citados autores, sólo compartimos tendencialmente el segundo: “no parece aceptable una dejación semejante en materia de un derecho fundamental procesal como la presunción de inocencia” (...) “nada impide, en realidad es ineludible, un amparo posterior para que se revise la razonabilidad del juicio del tribunal ordinario sobre la licitud de la prueba refleja”, p. 125 s. A nuestro juicio, el régimen procesal que proponemos deviene de la consideración del art. 11.1 LOPJ como garantía constitucional procesal, el que debe aplicarse como un todo: aun

otras pruebas independientes, en virtud del respeto al derecho a la presunción de inocencia, debiese remitir la causa al órgano jurisdiccional ordinario, para que éste resuelva derechamente la absolución del acusado³⁵⁷.

El problema está en que dado que el debate se ha desarrollado en términos de una «prohibición de valoración», la referencia a la lesión del derecho al proceso con todas las garantías constituye letra muerta. En ese sentido tienen razón las observaciones críticas de DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES al indicar que a partir de la STC 81/1998 se impuso en definitiva, –solapadamente– una exigencia de trascendencia procesal de la lesión al derecho al proceso con todas las garantías, sólo cuando se haya verificado una valoración de prueba ilícita que haya influido en el resultado del proceso. De ahí que los autores estimen intrascendente e inviable la anticipación de la consumación de la lesión de la garantía procesal en los términos «revolucionarios» aparentemente formulados por el TC, por la paradoja que se produce al invocar la no afectación del derecho a la presunción de inocencia para rechazar los amparos³⁵⁸.

b) *Actual tendencia jurisprudencial del TC (2011-2016)*

A nivel de jurisprudencia³⁵⁹ del TC, es del caso hacer notar que el mismo ha mantenido su posición en orden a que si bien la infracción del art. 11.1 LOPJ determina una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías; sólo es la infracción del derecho a la presunción

cuando el recurso se eleve por motivo de la falta de determinación de una lesión originaria de un derecho fundamental, no puede desconocerse que la consecuente falta de análisis de la configuración de prueba derivada también constituye una lesión inherente a la garantía del art. 11.1 LOPJ revisable por el TC en el contexto del mismo amparo. En definitiva, no solo constituye una exigencia del principio de economía procesal, sino que a su vez un imperativo de la propia restitución de la vigencia del derecho.

³⁵⁷ Tal como hace el TS, por ejemplo, *vid.*: STS 300/2016, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar; STS 234/2016, Sec. 1ª, de 17 de marzo de 2016, ponente Alberto Jorge Barreiro; STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron; STS 103/2015, Sec. 1ª, de 24 de febrero de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez; STS 721/2014, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2014, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron; STS 577/2014, Sec. 1ª, de 12 de julio de 2014, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 1º. Esta última indica que: “Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico inculpativo es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6, para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva. El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolución del inculcado (SSTC 5/2000, 139/2000, 149/2000, 2002/2000)”.

³⁵⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 39 ss.

³⁵⁹ El criterio para seleccionar el intervalo 2011-2016 obedece al hecho de tomar como referencia la obra de ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), que constituye el último trabajo especializado en materia con amplio análisis jurisprudencial. La metodología de investigación se efectuó utilizando el buscador oficial de jurisprudencia disponible en el sitio web del CGPJ, en el link <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, donde se ingresaron como palabras clave: «prueba ilícita»; «prueba obtenida ilícitamente»; «prueba inconstitucional» y «prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales». Igual metodología fue seguida para el estudio de la evolución jurisprudencial del TS.

de inocencia la que determina la estimación o no del recurso. En este sentido, el contenido de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se mantiene invariado (desde las SSTC 31/1981, de 28 de julio; 55/1982, de 26 de julio; 189/1998, de 28 de septiembre) en orden a que, como indica la STC 111/2011, de 4 de julio, f. j. 6 a)³⁶⁰: “la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, (...) «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado».

Así las cosas, la jurisprudencia del TC sigue enfocándose en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, como parámetro determinante del destino del amparo, advirtiéndose una cuestión del todo particular: la constatación de la lesión del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías pasa a revestir un carácter meramente declarativo, ya que la estimación de la pretensión anulatoria expuesta por los recurrentes en amparo sólo es satisfecha en los casos en que deba considerarse infringida la presunción de inocencia [STC 145/2014]³⁶¹.

Teniendo presente que el análisis jurisprudencial del TC abarcó el periodo (enero 2011-mayo 2016) es pertinente indicar que de un total de 14 causas que en *strictu sensu* versaban sobre la cuestión de la «prueba ilícita» en sede procesal penal, sólo en la citada resultó una estimación parcial del recurso, que no tuvo incidencia en la decisión sobre la anulación de las sentencias recurridas³⁶².

³⁶⁰ STC 111/2011, Sala 2ª, 4 de julio de 2011 (BOE N° 184 de 2 de agosto 2011, p. 1 ss.), f.j. 6º, b).

³⁶¹ STC 145/2014, Sala 2ª, 22 de septiembre de 2014 (BOE N° 261, de 28 de octubre de 2014), p. 34-50, f.j. 8º. Idéntico criterio puede extraerse de STC 165/2014, Pleno, 8 de octubre de 2014 (BOE N° 262, de 29 de octubre de 2014), f.j. 6º. Si bien en esta última el recurso fue completamente denegado, es del caso observar que el TC es confuso en la resolución del punto relativo a la eventual vulneración al derecho a un proceso con todas las garantías, ya aun cuando no lo declara expresamente [y que habría debido dar lugar a la estimación parcial del recurso]; igualmente pasa a analizar en la letra b) del citado f.j. si, como si afirmaba en la demanda, la condena de los recurrentes había sido exclusivamente fundada en su reconocimiento de los hechos ante los agentes de la Guardia Civil, a efectos de determinar la infracción a la presunción de inocencia.

³⁶² En efecto, invocando cuanto señalado en el f.j. 5º de la STC 53/2013, de 28 de febrero, el f.j. 8º de la STC 145/2014 indica que: “se produce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero asimismo cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente (STC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y entre otras todavía recientes, STC 144/2012, de 2 de julio, f.j. 6). Por el contrario, de existir otras pruebas de cargo válidas e independientes, la presunción de inocencia no resultará infringida (por ejemplo, SSTC 81/1998, de 2 de abril, f.j. 3; o 167/2002, de 18 de septiembre, f.j. 6; ambas del Pleno de este Tribunal). Nos

Esta consideración del contenido de la presunción de inocencia, como tendremos ocasión de exponer más detalladamente en el capítulo siguiente, conduce a que en esta tesis se sostenga la imposibilidad de que la garantía del art. 11.1 LOPJ pueda ser ubicada dentro del núcleo esencial del mismo y que, consecuentemente, deba consistir únicamente en una prohibición de admisión de la prueba y no en una mera prohibición de valoración propiamente tal. En efecto, si la presunción de inocencia implica que la prueba de cargo sólo pueda basarse en prueba válida; entonces ocurre que la valoración en sí misma excluye desde ya la prueba ilícita, la que no puede reputarse parte integrante del acervo probatorio de cargo (se trataría de aquello que CAMPANER MUÑOZ denomina *prius lógico*)³⁶³.

En segundo lugar, y tal como es posible deducir de la sentencia *supra* anotada, ocurre que de otro modo la tutela al derecho fundamental sustancial o procesal de base a la infracción del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías queda completamente vaciado de contenido y su sanción de acuerdo al art. 11.1 LOPJ del todo desaplicada, mediante una constatación meramente declarativa de la infracción.

Por último, y a efectos de ser exhaustivos en el análisis jurisprudencial que nos convoca, me parece imprescindible mencionar la reciente STC 54/2015³⁶⁴. Si bien la misma se dicta en materia contencioso-administrativa, concretamente tributaria, constituye aquello que podría estimarse un punto de partida de una visión mejorada del TC hacia el tratamiento y regulación de la prueba ilícita que puede considerarse, en cierto modo, esperanzadora. En la parte pertinente de los f.j. 8º y 9º se señala que: “nuestras posibilidades de control en el presente caso se agotan con la declaración de nulidad por la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la lesión de la garantía de no autoincriminación, *sin que podamos determinar ahora si se ha vulnerado o no el derecho a la presunción de inocencia*, pues corresponde a la jurisdicción ordinaria examinar si existe o no conexión de antijuridicidad con el resto de diligencias practicadas, así como valorar si la prueba estaba o no contaminada y el grado de vinculación de la que pueda considerarse constitucionalmente legítima, para concluir si era suficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad en el procedimiento administrativo» (...) «De todo ello se desprende que, para restablecer a la parte recurrente en su derecho a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías, cuya vulneración hemos afirmado, han de anularse las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso

corresponde examinar entonces, una vez anulada por lesiva la prueba obtenida con las grabaciones en comisaría, si existen otras pruebas de cargo válidamente practicadas. Y, de constatarse su existencia, decidir si a partir del análisis de las resoluciones judiciales se puede concluir o no que la condena se fundó en ellas” (...) “Por ello, al existir otras pruebas de cargo válidas e independientes de la anulada por lesiva del art. 18.3 CE, se concluye que la presunción de inocencia no ha resultado infringida”.

³⁶³ Esta dirección puede leerse en entre líneas en: STS 1045/2011, Sec. 1ª, de 14 de octubre de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 5º: “En efecto -como hemos dicho en STS. 294/2008 de 27.5, la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases. a) La percepción sensorial de la prueba. b) Su estructura racional”.

³⁶⁴ STC 54/2015, Sala 2ª, 16 de marzo de 2015 (BOE N° 98, de 24 de abril de 2015), p. 26-39.

Administrativo núm. 1 de Pamplona y de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo en primera instancia, para que este órgano judicial pueda fundamentar suficientemente el juicio de conexión o desconexión y valorar las pruebas constitucionalmente lícitas en el sentido que estime oportuno».

Aunque el TC no sea del todo claro, una lectura conjunta de sus fundamentos jurídicos permite observar que el mismo descarta la desconexión de antijuridicidad operada por el TSJ de Navarra porque no habría debido operar una ruptura del nexo causal. Es extraño entonces, que por una parte indique que una prueba deba ser considerada derivada y no independiente y luego, por otra parte, declare no tener competencia para establecer *si existe o no conexión de antijuridicidad con el resto de diligencias practicadas*. De otra parte, el reenvío al tribunal de instancia resulta más confuso si se tiene presente su afirmación en orden a que: *“puede constatar que existen otras pruebas en el expediente administrativo que pueden ser valoradas teniendo en cuenta la ilicitud declarada”*. En efecto, esta desafortunada frase parece dar a entender que existe prueba independiente (natural y jurídicamente hablando), que por ende no debiese quedar sometida a un análisis de aplicación de la doctrina de desconexión de antijuridicidad.

En mi opinión, lo anterior obedece a un tímido intento de volver a la doctrina sentada por la STC 114/1984: verificada la lesión de un derecho fundamental, la prueba así obtenida que haya sido admitida al proceso produce consecuentemente la lesión de un derecho a un proceso celebrado con todas las garantías que debe ser subsanado mediante la anulación de la respectiva sentencia, aun cuando exista prueba independiente. La valoración de la prueba independiente, y por ende lícita debe ser valorada por el tribunal de instancia, sin que competa al TC apreciación alguna al respecto y, sin que pueda proceder a una «prueba de resistencia» sobre la motivación de la condena a la luz de una eventual infracción del derecho a la presunción de inocencia que, por esa vía, le habilite para rechazar el amparo.

c) Actual tendencia jurisprudencial del TS (2011-2016)

En el marco de la jurisprudencia del TS, aunque la posición mayoritaria mantenga la garantía objetiva como parte de la presunción de inocencia en cuanto regla de juicio³⁶⁵, también

³⁶⁵ STS 988/2011, Sec. 1º, de 30 de septiembre de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 12º –que siguiendo a STS 320/2011– indica que: “Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 –inc. 2º– de la LOPJ”. De reciente, retoma la postura del TC, sin embargo, la STS 652/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 3º, en que se reproduce el mismo criticable contenido del derecho a la presunción de inocencia en los siguientes términos: “Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

puede observarse de reciente, cierto ímpetu correctivo de la doctrina anterior, aunque igualmente solapada y tal vez operada en modo inconsciente.

En línea de principio, el TS parece entender que la apreciación sobre la calificación de una prueba como «ilícita», recae por completo en las facultades de valoración del juez de instancia. Así lo ha expresamente señalado en STS 625/1996, que negando la posibilidad de plantear el asunto en fase de sumario debido a la ausencia de norma expresa, agrega que, además: “la legalidad o ilegalidad de las pruebas es difícil que puedan someterse a discusión previa a la decisión última del tribunal, pues se trata de cuestiones que quedan incorporadas a la valoración de dichas pruebas, bien en un conjunto, bien de manera individual, cuestión valorativa que corresponde a dicho tribunal en el trámite procesal de sentencia”.

Si bien, tal como se dirá, esta doctrina restrictiva ha ido poco a poco flexibilizándose, lo cierto es que es esta idea subyacente la que impide que el TS propenda al reconocimiento de una resolución preclusiva de la cuestión en fase previa al juicio oral. Así lo indica el f.j. 3º de la STS 1044/2011³⁶⁶ al señalar que: “El tratamiento del cuadro probatorio como un conjunto interaccionado arrastra –se insiste en la doctrina una consecuencia evidente como es la dificultad de adelantar aisladamente valoraciones sobre validez y eficacia de algunos de los medios que lo integran, pues se corre el riesgo de respuestas incompletas y de hipertróficas soluciones excluyentes. Ello explica la posición restrictiva de esta Sala 2ª frente a la posibilidad de decisiones saneadoras previas y la práctica extendida de las sentencias de instancia de diferir la solución de las cuestiones de nulidad planteadas a la sentencia. Solución que ha sido, en definitiva, la acordada por la Sala sentenciadora, por lo que no se entiende producida la vulneración de derechos denunciada”.

La inescindible relación que hace el TS entre «prueba ilícita» y «prohibición de valoración» queda suficientemente expresada en el carácter sinonímico que confiere a esta última y la doctrina de «conexión de antijuridicidad». Así puede advertirse en las SSTS 300/2016; 747/2015 y 988/2011, que siguiendo a la STS 320/2011, señalan que: “la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado”. Un lenguaje similar se evidencia en ATS 1055/2016, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 3º letra b): “B) Respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de nuestra Constitución, hemos dicho que la función casacional encomendada a esta Sala ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) Que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) Que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) Que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba (SSTS 128/2008 ; 448/2011, de 19 de mayo y 741/2015, de 10 de noviembre)”.

³⁶⁶ STS 1044/2011, Sec. 1ª, de 11 de octubre de 2011, ponente Juan Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º.

inocencia del acusado. *Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio*, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 –inc.2º– de la LOPJ, de tal modo que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»³⁶⁷.

Sin embargo, es necesario tener presente que el TS, en ocasiones, ha variado su consideración en orden a la ubicación de la garantía de exclusión de prueba refleja, desde la presunción de inocencia a un proceso celebrado con todas las garantías³⁶⁸. En efecto, de reciente las SSTs 650/2016 y 511/2015³⁶⁹, luego de sostener nuevamente el carácter sinonímico entre prueba ilícita y prohibición de valoración, agrega que esta última “se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y su concreción legal se establece en el art. 11.1 –inc. 2º de la LOPJ, por el que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»”.

En este punto, resulta curioso el modo en que el TS concluye la existencia de una «prohibición de valoración», no obstante su ubicación dentro del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías. Así, la STS 721/2014, f.j. 6º, indica que la regla general de no valoración de «prueba derivada», admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional. En su concepto, «El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra *anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías*, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la LOPJ)».

Ahora bien, aun cuando ésta sea la tendencia jurisprudencial, y volviendo a la cuestión inicial sobre la inadmisión de la prueba, es muy importante destacar que la tendencia legislativa fuera del ámbito procesal penal, apunta a la configuración de un examen de legalidad previo a la solicitud de admisión de prueba³⁷⁰, de modo que tal como lo ha afirmado la STC 81/1998, de

³⁶⁷ STS 300/2016, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 2º; STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º Nº 3; STS 988/2011, Sec. 1º, de 30 de septiembre de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 12º; STS 320/2011, Sec. 1ª, de 22 de abril de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j.3º.

³⁶⁸ Según cuanto indicado por el Magistrado Emérito del TS español, Perfecto Andrés Ibáñez, consultado al efecto sobre este punto, en Seminario «La prueba ilícita: una cuestión de legitimidad», llevado a cabo el día 2 de noviembre de 2016, en la Universidad de Girona, organizado por CEAPJ y dirigido por la Dra. Teresa Armenta Deu, efectivamente tal variación sería representativa de una opción no consciente sobre la regulación del asunto.

³⁶⁹ STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 1º; STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 3º. La cursiva es nuestra.

³⁷⁰ A nivel legislativo se encuentra: art. 90.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; art. 283.3 y 287.1 de la nueva LEC de 2000; art.

2 de abril, sólo la prueba que sea pertinente y «legal» pueda tener acceso a la valoración judicial como consecuencia del derecho al proceso justo³⁷¹.

3. Análisis de los argumentos esgrimidos por la posición mayoritaria para negar la naturaleza jurídica de regla de exclusión al art. 11.1 LOPJ

En esta sección corresponde hacer cargo de los argumentos esgrimidos para negar reconocer al art. 11.1 LOPJ la naturaleza jurídica de regla de exclusión de prueba. Si bien en el capítulo anterior anunciamos la ausencia de motivos válidos para una tal negación, corresponde aquí evidenciar las falacias en que se incurre para perpetuar dicha consideración. En efecto, más allá de la estructura formal que se ha construido hasta ahora en esta tesis y que pone de manifiesto su naturaleza jurídica de regla de exclusión y –desde un enfoque tradicional– de límite al derecho a la prueba, a continuación se exponen los razonamientos por los cuales se prescinde de su consideración como regla de exclusión, y el motivo del por qué erróneamente se la reduce a una prohibición –no de admisión de prueba– sino que de mera valoración de prueba.

a) *La consagración del art. 11.1 LOPJ a nivel legal y no constitucional*

En general, se ha entendido que atribuir la naturaleza jurídica de regla de exclusión a la norma del art. 11.1 LOPJ y por ende, como límite al derecho a la prueba de quien pretende valerse de un elemento probatorio, no puede alcanzarse a través de una consagración simplemente legal. En palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, incluso luego de la introducción del art.

36.1 letras b) y e) de la LO del Tribunal de Jurado 5/1995, de 22 de mayo, sin perjuicio de las consideraciones críticas sobre el reenvío para su tramitación a los arts. 668 y ss. LECrim en materia de previo y especial pronunciamiento, expuestas en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 158 ss. Luego, como indica CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 199 “No en vano, el art. 13.4 BACPP establece que: «en cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba»”. A nivel europeo es destacable el contenido de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, publicada en el DO de la UE L. 65/1 con fecha 11 de marzo de 2016, cuyo apartado 45 establece que: “Al valorar las declaraciones de los sospechosos o acusados o las pruebas obtenidas vulnerando el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo, los jueces y tribunales deben respetar el derecho de defensa y la equidad del proceso. En este contexto, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TEDH conforme a la cual la admisión de declaraciones obtenidas como resultado de tortura u otros malos tratos infringiendo el art. 3 del CEDH, como prueba para determinar los hechos pertinentes en un proceso penal privaría automáticamente de equidad a todo el proceso. A tenor de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, cualquier declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura no puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

³⁷¹ Previamente, sobre la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando derechos fundamentales derivada directamente de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ: STC 85/1994, de 14 de marzo, f.j. 4°.

11.1 LOPJ, aun cuando se la considere una norma de desarrollo de la Constitución de 1978, no puede sostenerse que la regulación de la prueba ilícita tenga un fundamento expreso en el texto constitucional, o al menos, no en forma directa, puesto que “la Carta Magna española no reconoce una expresa interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, como sí hacen, por cierto, algunas Constituciones americanas, ni, desde otro punto de vista, un derecho general a la prueba lícita o legal”³⁷².

En otras palabras, dado que se trataría de la limitación de un derecho fundamental, la habilitación para formular una regla de exclusión a nivel legal debiese estar prevista en el propio texto de la Carta Magna, del mismo modo en que el art. 24 N° 2 inc. final CE procede a encargar a la ley la regulación de los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, a modo de regla de exclusión analítica. O bien, la habilitación legal del art. 15 CE para la proscripción de la confesión obtenida a través de tortura o malos tratamientos inhumanos o degradantes.

Como se advierte, el fundamento es débil. En efecto, el art. 53 N° 1 CE no sólo vincula a todos los poderes públicos al respeto de los derechos y libertades fundamentales, incluido el legislador; sino que además se autoriza únicamente a la ley, para regular el ejercicio de tales derechos siempre que respete su contenido esencial. Luego, el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba no puede entenderse afectado a través de una norma de fuente legal que pretenda dar eficacia a la tutela de tales derechos y libertades fundamentales, ya que ello implica desconocer el fundamento *iuris tantum* relativo a la posición preferente de los mismos.

De otra parte, el art. 81 CE determina el rango que deben tener las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, exigiendo que las mismas tengan el carácter de ley orgánica con un *quorum* de aprobación por mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Por lo que la consagración del art. 11.1 precisamente a través de una ley orgánica resulta conforme con la lógica del ordenamiento. Es más, si la oposición al reconocimiento de su naturaleza jurídica de regla de exclusión, se hace consistir en la imposibilidad de limitar el derecho fundamental a la prueba en su primer contenido, esto es, en lo que respecta al derecho de proponer todas las pruebas pertinentes; resulta que la norma del 11.1 LOPJ debiese ser impugnada por inconstitucional, ya que leerla en términos del establecimiento de una prohibición de valoración, también debiese implicar un atentado al tercer contenido del aludido derecho, esto es, el derecho a que la prueba admitida y rendida sea valorada por el juez de instancia. Debate que obviamente no se ha verificado en el contexto español y que, si bien puede justificarse en el hecho de que la fase de valoración no se considera parte integrante del procedimiento probatorio, no puede desconocerse que tal circunstancia ha sido considerada una antinomia del ordenamiento al no establecerse en forma clara la exigencia de que el tribunal deba valorar todos y cada uno de los elementos de prueba rendidos (aunque a mi juicio ello corresponda más bien a una laguna por ausencia de norma de desarrollo del contenido esencial del derecho a la prueba).

³⁷²GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit. (n. 111), p. 187-211, par. 6.

Por último, una aproximación en términos contrarios a un tal reconocimiento desconoce absolutamente la génesis de la regla tal como fuera extraída por la STC 114/1984 y que a continuación pasamos a explicar.

b) Lectura [errónea] de la STC 114/1984

A costa de incurrir en reiteraciones, en aras a un mejor análisis, es preciso indicar nuevamente las tesis planteadas por la citada sentencia, ya anotadas en el capítulo anterior.

- (1) Se reconoce la existencia de una garantía objetiva implícita en el ordenamiento jurídico que exige la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente (f.j. 3°).
- (2) Esta garantía no precisa de texto legal expreso, puesto que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de «inviolables» ex art. 10.1 CE. (f.j. 4°)³⁷³.
- (3) La ineficacia jurídica de esta prueba no constituye parte integrante del núcleo esencial de los derechos fundamentales sustantivos, en cuanto a reconocer una dimensión subjetiva que habilite a su titular a exigir la ineficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos.
- (4) El deber de inadmisión de esta prueba por parte del Juez procede en base a una consideración puramente subjetiva, sobre la base del art. 556 de la LECr, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de obtención (f.j. 3°).

En esta investigación se efectúa la siguiente lectura de las tesis expresadas: el TC efectúa una mixtura del modo en que el «fundamento» de la regla de exclusión había sido barajado en el contexto estadounidense. En primer lugar, de las tesis (1), (2) y (3), se advierte cómo el TC basa la existencia prescriptiva de la regla de exclusión en la posición preferente de los derechos fundamentales de naturaleza subjetiva que pueden verse afectados por el proceso (*extrinsic policy*). Luego al igual que en E.E.U.U, niega que la regla tenga la naturaleza jurídica de derecho subjetivo (como parte integrante del núcleo de los derechos fundamentales afectados en sede extraprocesal); atribuyéndole la naturaleza de garantía procesal objetiva. Es en este contexto en que su f.j. 2° cita el caso *US. vs. Janis (1976)*, sin que tal referencia pueda entenderse dirigida a la adopción del fundamento basado en el criterio disuasorio³⁷⁴.

³⁷³ Previamente, STC 25/1981, de 14-7 y a continuación, le sigue en el mismo sentido, la STC 105/1985, de 7 de octubre.

³⁷⁴ Cfr. GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba ilícita*”, op. cit. (n. 134), p. 366, que critica el hecho de que la STC 114/1984 haya importado tal aproximación sin reparar en las diferencias con el sistema norteamericano.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en E.E.U.U., el TC es tajante en afirmar que la necesaria procuración de la verdad en el proceso debe ceder cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento³⁷⁵. Así, su f.j. 4° señala que: “En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”. Este inciso debe leerse como una total proscripción de ponderación entre ambos intereses, de modo que en ningún caso podría reconocerse la consagración del efecto disuasorio americano, aún cuando en el apartado anterior haya hecho referencia expresa a él³⁷⁶.

La referencia que el TC hace al «efecto disuasorio» es un error nominal, ya que en el contenido lo que pretendió hacer y –de hecho hizo– fue adoptar el «criterio ético», inicialmente formulado por la jurisprudencia americana bajo el nombre de «integridad judicial», en el sentido que esta garantía derivaría, pues, de la nulidad radical de todo acto – público o, en su caso, privado– violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales³⁷⁷.

De ahí que, a partir de la tesis (4) haga consistir la regla en un deber del juez ordinario, entendiendo que si, por cualquier motivo éste llegase a admitir y valorar una tal prueba (es decir, si tal prueba es efectivamente recepcionada por el tribunal); es él mismo quien infringe directamente el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, pero esto es ya suponiendo la existencia de la regla de exclusión. Para ello el TC se vale del concepto de «pertinencia» –propio, como hemos visto, del «régimen de exclusión de prueba»– a cuyo contenido esencialmente técnico procesal, agrega un alcance también sustancial a partir de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, en mérito del cual nunca podría considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido³⁷⁸.

³⁷⁵ Así también lo interpreta MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”, op. cit. (n. 134), p. 53, “Aunque en dicha sentencia no faltan las referencias a la jurisprudencia norteamericana, lo cierto es que el fundamento de la exclusión se sitúa al margen del *deterrent effect* característico del modelo norteamericano, y se entronca directamente con el carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y en su condición de inviolables (...)”.

³⁷⁶ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “*El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril*”, op. cit. (n. 83), p. 330, en su lectura del f.j. 4° señala que: “Cuando se trata de derechos fundamentales, con todo, el Tribunal sostiene en términos aparentemente incondicionales «la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso»”.

³⁷⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, op. cit. (n. 112), p. 198, por su parte, critica que la STC 114/1984 aluda a una «necesidad institucional de no confirmar» sus efectos, ya que a su juicio resulta “indudable que admitir la eficacia procesal de los instrumentos probatorios resulta perfectamente compatible con un reproche jurídico de la ilicitud e incluso con el más severo de dichos preceptos, esto es, la sanción penal”.

³⁷⁸ Un cierto antecedente puede identificarse en STC 55/1982, de 26 de julio: “la realización del derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia, circunstancia que exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso”.

Como consecuencia de lo anterior, de no cumplirse este deber, el TC aprecia la configuración de un atentado al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, y en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso *ex* art. 14 CE, por haber infringido su deber de no admitir este tipo de prueba, que se hace descender – como se ha explicado– del concepto de «pertinencia de la prueba» que aparece en el mismo art. 24.2 CE. Esto es –tal cual– la lógica que asume la norma del art. 11.1 LOPJ de ser considerada una regla de admisión y por ende, de «límite» al derecho fundamental a la prueba, con el agregado de que el TC, haciendo efectiva la posición preferente descarta expresamente la posibilidad de ponderación. A mayor abundamiento, para confirmar el carácter de regla de exclusión de la regla construida por el TC como garantía objetiva, está el hecho de haber tenido expresamente a la vista el modo con que el asunto se estaba ventilando en el derecho italiano; sin que por el contrario, pueda verse en el contenido de sus tesis la adopción de la óptica alemana.

A mi juicio, este debiese ser el modo correcto de dar lectura a la STC 114/1984, dotando a la misma de una relevancia inconmesurable para determinar los extremos del debate actual acerca del fundamento de la regla de exclusión. De esta lectura surge en modo palmario que, el hecho de que el TC no atribuya expresamente la naturaleza jurídica de derecho subjetivo a la regla de exclusión, no impide que la misma opere como si lo fuera (debido a la proscripción de ponderación) y que es precisamente la crítica que hemos planteado a propósito de su consideración como «límite» al derecho a la prueba.

Es necesario poner de relieve, que el TC tenía un doble motivo para no poder atribuirle una dimensión subjetiva, en favor del sujeto pasivo de la prueba. Además de encontrarse en ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico; reconocer su naturaleza jurídica de derecho subjetivo implicaba despojarse de competencia para conocer del asunto.

En otras palabras, que el TC en STC 114/1984 identifique como violado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías es lo que le permite adquirir competencia para el conocimiento de la cuestión a través del amparo. Así lo señala expresamente en su f.j. 5º, en orden a que para apreciar la relevancia constitucional del problema [entiéndase su competencia], no basta reconocer la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino que es necesario apreciar “una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional”.

Es respecto de este punto en que señala no poder decidir en general la problemática procesal de la prueba ilícita, sino más limitadamente sólo proceder a constatar su «resistencia» frente a los derechos fundamentales que presentan una doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo. Con esta afirmación deja expresamente abierta la puerta a que pueda reconocerse la posibilidad de infracción de derechos fundamentales no únicamente a aquellos derechos contenidos en la Sección I, que le habilitan para el recurso de amparo; y a que, también pueda llegar a concebirse la regla como exigencia del propio derecho fundamental sustancial violado.

Como bien anota en su f.j. 1º, dado que el recurso de amparo sólo le habilitaba para conocer de violaciones de derechos fundamentales por obra de decisiones jurisdiccionales cometidas «de modo inmediato y directo» [art. 44.1, b) LOTC] (RCL 1979/2383); se cierra entonces la razón de por qué debió negar que se tratase de una violación «directa» del derecho fundamental [del art. 18.3] en sede extraprocésal y de una violación «indirecta» del mismo derecho por parte del juzgador al admitir la prueba obtenida de dicha violación (que era la argumentación sostenida por el recurrente). Y en base a eso es que indica cómo el proceso constitucional no sea un instrumento apto para revisar genéricamente lo resuelto por la jurisdicción ordinaria.

Por último, otra manifestación de la consideración de la garantía objetiva como regla de exclusión se haya en el f.j. 6º, donde el TC es extremadamente cuidadoso para resguardar su competencia para conocer de la comprobación de una efectiva admisión de pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales. En tal sentido indica que: “esta indagación no afecta para nada a la exclusiva competencia en el juicio y tampoco extravasa el límite negativo señalado en el art. 44.1, b), de la LOTC en orden a la imposibilidad de «conocer» los hechos que dieron lugar al proceso al resolver el amparo constitucional. En cuanto al primer aspecto, porque tal potestad exclusiva (recordada entre otras, por la Sentencia 105/1983, de 23 de noviembre, de esta Sala, f.j. 9) (RTC 1983/105), no queda menoscabada cuando lo que se hace, a efectos de la resolución del recurso de amparo, es sólo apreciar la posibilidad constitucional de que determinado instrumento probatorio pueda llevarse a juicio, sin entrar para nada en el proceso de formación de la voluntad del juzgador. Y en cuanto al segundo aspecto, porque el examen acerca de la efectiva producción de la invocada invasión de un derecho fundamental no se realizará aquí, obviamente, para «conocer», en su acepción procesal rigurosa, de tales hechos, y sí sólo a efectos de constatar la legitimidad o ilegitimidad de la prueba así obtenida”.

En efecto, el recurso de amparo es denegado por no haberse considerado conculcado el derecho inicialmente vulnerado en sede extraprocésal que a su vez, representa el supuesto de infracción del derecho fundamental al proceso con todas las garantías. En este punto, además, es del caso resaltar cómo el f.j. 8º incluye en el examen de la infracción del derecho fundamental contenido en el art. 18.1 CE, el análisis “de las disposiciones ordinarias que garantizan, desarrollando aquélla, el derecho a la intimidad y a la integridad y libertad de las comunicaciones”, circunstancia que será relevante a la hora de examinar la cuestión de las pruebas irregulares.

c) Lectura [errónea] de la STC 81/1998

Esta errónea lectura resulta ser doble, esto es, desde la interpretación que la STC 81/1998 y parte mayoritaria de la doctrina, hace de la STC 114/1984; y luego, la lectura que la doctrina efectúa de la propia STC 81/1998. Esta sección versará sobre el primer aspecto; para poner de manifiesto la segunda con ocasión del tratamiento del denominado «efecto reflejo» y la construcción de la doctrina de «conexión de antijuridicidad» a su respecto.

i. STC 114/1984 y descarte del derecho fundamental a la presunción de inocencia

Desde la exposición que se acaba de mostrar sobre las tesis formuladas por la STC 114/1984 se advierte cómo en ninguna parte de ella se hace referencia alguna al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia pasan a hablar derechamente de la existencia de una prohibición de valoración supuestamente originada a partir de la STC 114/1984. Así, con exactitud, el f.j. 5º de dicha sentencia ha sido frecuentemente invocado para señalar que, en concepto del TC, la incorporación de prueba ilícita al proceso, viola el derecho fundamental a la presunción de inocencia³⁷⁹, lo que desde la lectura que se propone en esta tesis, no es efectivo.

Por el contrario, el citado fundamento jurídico se refiere a la garantía objetiva en términos de regla de inadmisión, explicando luego que su no aplicación (*rectius*: su «recepción») constituye una infracción al derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías, en los términos *supra* indicados³⁸⁰. Aun más, el párrafo final del citado fundamento jurídico lo que hace es excluir expresamente el derecho a la presunción de inocencia como parámetro para decidir dar o no lugar al recurso de amparo. El TC explica que aún cuando pudiera considerarse que “la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por tanto a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador”, esto es, aun cuando hubiesen existido pruebas independientes, de todos modos la sola admisión de las primeras siempre produciría una valoración, aunque sintética, de parte del juzgador, “con la consecuencia de que la garantía aquí considerada [que no es otra que la inadmisión de tal prueba al proceso] seguiría estando lesionada desde el momento en que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma”.

Así, el inciso final de dicho fundamento jurídico lo que hace es precisar el hecho de encontrarse ante un *error in procedendo*, y no frente a un *error in iudicando*. Del mismo modo en que la sanción de inutilizabilidad es concebida en el contexto italiano, salva la tendencia

³⁷⁹ Tal lectura es efectuada por: LUZÓN CUESTA, José María, *La prueba en el proceso penal derivada de entrada y registro* (1ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2000), p. 8 ss. Premisas extractadas de MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 62 ss.

³⁸⁰ A efectos de confirmar esta lectura propia de la sentencia comentada, véase además los términos categóricos de ASENCIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 38 s.: “Ninguna resolución jurisprudencial, absolutamente ninguna, ha determinado que la prueba ilícita se equipare a una mera prohibición de valoración y que, por tal motivo, su denuncia y apreciación sea materia solo evidenciable en el juicio oral; antes al contrario, cabe hallar pronunciamientos en sentido contrario y, lo que es más frecuente, situaciones en las que se manifiesta que esta conducta de anular los efectos de la vulneración de derechos de manera inmediata, en la instrucción, es admisible y ordinaria. Sí se han pronunciado resoluciones que indagan en si una prueba ilícita, si no se ha anulado anteriormente, puede ser denunciada en el juicio ordinario como artículo de previo pronunciamiento, en la audiencia previa del procedimiento abreviado o si, en fin, su ilegitimidad ha de ser decretada en sentencia. Pero, estas decisiones en momento alguno entran a valorar siquiera si la decisión de nulidad procede o no con anterioridad, en la fase de instrucción. Usarlas, como se quiere hacer, para interpretar que es el momento de la sentencia el oportuno para valorar la ilicitud probatoria implica un error de interpretación de aquellas o, incluso, una lectura parcial e interesada de las mismas”, procediendo a citar a continuación una serie de sentencias, de casos incluso mediáticos, que apoyan sus conclusiones.

degenerativa, tal como ha germinado en España, de adosar como requisito adicional el que el dato probatorio haya sido *efectivamente* usado en el *iter argumentativo* de la sentencia, para conducir a la conclusión de que un «no-uso» debe ser considerado como un «vicio inocuo» que haga improcedente la nulidad de la sentencia que lo contenga.

El razonamiento de la STC 114/1984 es perfectamente coherente con el reconocimiento de una garantía objetiva con carácter de regla de exclusión. En efecto: si, *a contrario sensu*, la aludida prueba ilegítima, calificada así por el examen que corresponde efectuar al TC, fuese la única prueba de cargo sobre la que se basa la condena del imputado, efectivamente dicha condena infringiría el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que no existiría prueba para enervar dicha presunción. Sin embargo, la verificación de tal infracción ya no tiene que ver propiamente con la cuestión de la prueba ilícita, sino que más bien sirve de base para analizar el tratamiento procesal que ha de seguir la causa, en el sentido de dejar en claro que basta la configuración de la primera infracción para que el TC deba acoger el amparo³⁸¹. De ahí que la STC 114/1984 sea relevante desde varias perspectivas, a saber:

En primer lugar, precisamente, por descartar la presunción de inocencia como parámetro para dar lugar o no al recurso, ya que a su juicio, ni siquiera parece necesario que la sentencia condenatoria haya utilizado/valorado la prueba calificada como «ilegítima», bastando que la misma haya sido formalmente incluida/admitida dentro del acervo probatorio a valorar, sea que haya sido efectivamente valorada o no. El pasaje recién anotado es de inconmesurable importancia, ya que en mi opinión, es esto lo que ha provocado las confusiones más grandes de la doctrina y jurisprudencia sucesivas.

En segundo lugar, es precisamente la consideración anterior la que justifica que la misma no se haya pronunciado en materia de pruebas reflejas, ya que la sola existencia de una prueba originariamente inconstitucional le habilitaba para acoger el respectivo amparo [revisar STC 126/1995, de 25 de julio].

Por último, es relevante también destacar la existencia de un error metodológico en el esquema argumental en que se basa la sentencia, que al no ser debidamente identificado por la doctrina; ha llevado a que el mismo se reitere en la STC 81/1998, contribuyendo a que puntos fundamentales del análisis de la prueba ilícita se vean fuertemente oscurecidos y que continúen en sombra hasta nuestros días. Este error metodológico consiste en la falta de distinción adecuada entre la naturaleza del derecho fundamental susceptible de lesión (sustantivo o procesal); y la naturaleza o carácter de la regla de exclusión en sí misma, desde la perspectiva constitucional (esto es, como integrante del núcleo de cada derecho fundamental sustantivo o una garantía constitucional integrante de un derecho fundamental procesal). Tal distinción es necesaria para comprender que mientras la primera es el supuesto de aplicación de la segunda; la debida aproximación a la segunda permitiría eventualmente solucionar una serie de cuestiones conceptuales de fondo que repercutirán en otros aspectos procesales como el acceso al amparo y el régimen jurídico de la prueba ilícita.

³⁸¹ El régimen procesal apuntado en caso de condenas basadas únicamente en prueba ilícita se advierte en STS 471/1997.

Dicho lo anterior, ahora puede iniciarse la detección de inconsistencias por parte de la STC 81/1998 para dar por sentada la aproximación a la norma del art. 11.1 LOPJ como mera prohibición de valoración.

ii. STC 81/1998 y derecho a la presunción de inocencia

En este sentido, la STC 81/1998³⁸² incurre –a mi entender– en dos grandes equivocaciones, ambas respecto de su aproximación al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En primer lugar, como se adelantó, cita el f.j. 5º de la STC 114/1984 para indicar que es la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales la que “implica una ignorancia de las «garantías» propias del proceso (art. 24.2 CE)”. Sin embargo, como se ha destacado, lo cierto es que el f.j. citado hacía alusión a la sola «recepción procesal» de la prueba que habría debido ser inadmitida.

Desafortunadamente, la STC 81/1998 hace consistir esta garantía implícita en una «prohibición de valoración» que hace descender, sin mayores explicaciones, del art. 24.2 CE (f.j. 2º y 4º), omitiendo toda referencia al art. 11.1 LOPJ, inexistente a la época de la sentencia anteriormente citada. Tal como se ha expresado en la lectura propuesta de la STC 114/1984, su línea argumentativa explicaba la existencia de una «garantía de inadmisión» de la prueba, cuya infracción detonaba la vulneración de un proceso celebrado con todas las garantías, que por ello rendía irrelevante que luego la condena se basara en prueba efectivamente independiente. Prueba de ello es que en STC 107/1985, de 7 de octubre de 1985, el TC incluso habría reiterado “la imposibilidad de que en el proceso puedan «hacerse valer, ni admitirse por el juzgador, pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales, con la consecuencia de que la hipotética recepción jurisdiccional de instrumentos así obtenidos... implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución), productora de la consiguiente lesión de un derecho fundamental»”³⁸³.

³⁸² Posición refrendada por: STC 49/1999 (aunque primeramente lo analice desde la perspectiva del derecho fundamental a un justo proceso); STC 94/1999; STC 139/1999; STC 161/1999; STC 171/1999, f. j. 16º; STC 238/1999; STC 239/1999; STC 8/2000; STC 50/2000; STC 126/2000; STC 127/2000; STC 299/2000. STS 23 abril 1997, f.j. 5º; STS 4 julio 1997, f.j. 2º; STS 8 noviembre de 1999 (RJ 8702); STS 29 noviembre de 1999 (RJ 8723); STS 7 de noviembre de 2002 (RJ 43).

³⁸³ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 149 s. Sin embargo, si bien advierte el cambio, el citado Magistrado lo encuadra desde otra perspectiva, a mi juicio equivocadamente, a una variación que parece incidir en el momento en que debe producirse la infracción del derecho fundamental y que consecuencialmente incidiría en el carácter sustancial o procesal del mismo (ello sin perjuicio que sí tenga razón en orden a negar una dimensión reduccionista en esta variación, y vuelva a errar al sostener de todos modos tal tipo de aproximación sobre la base de una reinterpretación de la expresión «violentando» contenida en el art. 11.1 LOPJ, véase nota n. 926): “Ahora bien, posteriormente (sentencia 64/1986, de 21 de mayo de 1986), parece limitar el ámbito de dichas garantías circunscribiéndolo al supuesto de «vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener» las «pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos» –dice a continuación– «los procesos que pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión», limitación que, sin embargo, no es tal (...)”.

En segundo lugar, ocurre que la STC 81/1998 opera un desplazamiento del derecho fundamental de referencia, que deriva del error metodológico de no haber efectuado una clara distinción entre el supuesto de aplicación de la garantía objetiva y luego, la ubicación de ésta dentro de la estructura del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías. Según la STC 114/1984, una cosa era el examen que debía realizar la jurisdicción ordinaria en términos de determinar si la prueba ofrecida había sido o no obtenida con vulneración de derechos fundamentales; y otra la que correspondía al TC que, conociendo del recurso de amparo, debía efectuar la misma evaluación y con los mismos parámetros –entiéndase la prueba concreta y su obtención con infracción de derechos fundamentales sustanciales–; luego, si efectivamente notaba una infracción de estos últimos, el TC procedía a estimar violado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por el incumplimiento por parte del juez de dar aplicación a la garantía objetiva.

Sin embargo, la STC 81/1998 tergiversa totalmente los parámetros de evaluación, señalando que mientras el juez ordinario debía efectuar un «test de validez de la prueba» a través de la confrontación de la prueba con la infracción al derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías (que es el desplazamiento de derecho fundamental vulnerado a que se hace referencia en esta investigación); al TC –en cambio–, le correspondía efectuar un «juicio de experiencia» sobre la decisión del juez ordinario que redundaba en un «test de validez de la sentencia»; que debe formularse en atención a la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así concluye que esta última, sólo podrá considerarse vulnerada cuando la condena se hubiese fundado exclusivamente en pruebas ilícitas (directas o derivadas).

Como consecuencia de lo anterior, el TC declara que bien puede suceder que aún habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida en atención a la existencia de pruebas independientes. En otras palabras, la competencia del TC dice relación con una revisión de la razonabilidad del juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, para luego comprobar la efectiva infracción de la presunción de inocencia, cuya verificación sería la única hipótesis en que se acogería el amparo³⁸⁴. En caso contrario, de existir pruebas independientes, aún cuando exista violación del derecho fundamental al proceso con todas las garantías, no podría proceder a acoger el amparo, puesto

³⁸⁴ Al parecer así también lo entendería ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 348: “En definitiva, la ilicitud probatoria plantea, si para obtener una sentencia más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aún al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el derecho penal. Expresado en otros términos, la realización del derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia, circunstancia que exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso, que se haya seguido una *procès équitable*” (art. 6 CEDH); y en el que se hayan respetado las garantías del art. 8 CADH; o las del “proceso debido”, el “*fairness process*” o cualquier otra denominación acuñada”.

que la convicción del tribunal se habría formado sobre otras pruebas, no siéndole consentido sustituir a la jurisdicción ordinaria en tal valoración ex art. 117.1 CE³⁸⁵.

Las críticas relativas a este último aspecto se anotarán en el apartado relativo a los efectos del art. 11.1 LOPJ, bastando aquí señalar que el cambio de paradigma en relación a la STC 114/1984, que no otorgaba dicho rol a la presunción de inocencia, encuentra su origen en la errónea consideración de que la garantía consista sólo en una prohibición de valoración y no en una prohibición de admisión y en el desplazamiento del derecho fundamental cuya violación debe ser apreciada por el TC. De ahí que esta tesis discrepe con quienes consideran que el mérito de la STC 81/1998, sea haber zanjado “la relación de la ilicitud de la prueba con el derecho fundamental al proceso con todas las garantías, alejándola de parámetros tales como la

³⁸⁵ En este sentido sigue la línea jurisprudencial marcada por las sentencias: STC 31/1981, STC 24/1997, STC 45/1997, STC 142/2012, de 2 de julio de 2012 (BOE N° 181, de 30 de julio de 2012), f.j. 4°, p. 2, donde incluso antes de analizar la eventual vulneración del derecho a la intimidad se señala que “es preciso determinar si, en los términos expuestos, el conocimiento obtenido con dicho acceso ha sido relevante como prueba de cargo, directa o indirecta, en el conjunto de la actividad probatoria valorada por los órganos judiciales para considerar enervada la presunción de inocencia del recurrente, toda vez que sólo en ese caso podría haber resultado afectado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). A esos efectos, conviene también recordar como el TEDH ha reiterado que para determinar si la utilización como pruebas de informaciones obtenidas con vulneración de los derechos a la intimidad personal, domiciliaria y a la correspondencia ha privado al conjunto del proceso de las necesarias garantías y de su proceso equitativo, más allá de la cuestión de si la concreta prueba tuvo una influencia decisiva en el resultado de la acción penal, se ha de atender a todas las circunstancias de la causa y si se han respetado los derechos de la defensa y cuál es la calidad e importancia de los elementos en cuestión (por todas, STEDH de 17 de enero de 2012, caso *Alony Kate c. España*, § 66)”. En efecto, cabe advertir una cierta influencia de la sentencia del TEDH, de 12 de julio de 1988 en el caso *Schenk contra Suiza* [Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC), núm. 108, abril 1990, p. 125 ss.], donde se abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho a un proceso justo consagrado en el art. 6.1 del CEDH, optando por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión. En concreto el Tribunal debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la legislación del Estado suizo demandado. El TEDH descarta, como principio general, poder excluir que se admita una prueba conseguida ilegalmente, toda vez que sólo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (*fair trial*), por lo que la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determinaría la vulneración del derecho a un proceso justo (art. 6.1 CEDH). En el primer Fundamento de Derecho razona que «Aunque el Convenio garantiza en su art. 6° el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno (...)». En el caso concreto, el TEDH no sólo descartó que se hubieran infringido los derechos de defensa (toda vez que el demandante tenía conocimiento de la ilicitud de la grabación era ilegal decretada por un Juez incompetente, teniendo además la posibilidad de impugnar su autenticidad y su uso, e interrogar al señor Pauty, citado como testigo, durante el juicio), sino que también estimó importante que el registro de la conversación telefónica no fuera la única prueba en que se fundó la condena. No obstante ello, a nuestro juicio el voto particular discrepante (formulado por los jueces Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo) es el que da cuenta de una línea correcta al señalar que: “aunque los jueces que resolvieron sobre la acusación contra el demandante tuvieron el cuidado, como se comprueba en la sentencia, de puntualizar que se fundaban «en otras pruebas distintas de la grabación, pero que confirmaban las razones deducidas de ésta, para llegar a la conclusión de que (el interesado) era culpable, no es menos cierto que «admitieron la grabación como medio de prueba» y que fundaron «en parte» su resolución en la cinta litigiosa», siendo ello suficiente para considerar que el proceso no fue justo en el sentido del Convenio. También advierte esta influencia CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, op. cit. (n. 326), p. 175, nota 39.

presunción de inocencia³⁸⁶, ya que al contrario termina por sujetar su análisis precisamente a dicho parámetro.

d) *Ausencia de recurso en contra de la resolución que admite la prueba*

Se trata, en realidad, de uno de los argumentos más interesantes –expuesto por DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES–, y dice relación con la naturaleza jurídica de la resolución que se pronuncia sobre la admisión de prueba. El argumento resulta doblemente sugerente: por una parte, pone de relieve cuánto sea importante la situación de la garantía procesal del art. 11.1 LOPJ como integrante del derecho a un proceso con todas las garantías o como constitutivo del derecho a la presunción de inocencia; y por otra, porque evidencia cómo es que en España el análisis de las cuestiones relativas a la prueba ilícita tienden a efectuarse en modo lógicamente inverso, esto es tomando los aspectos procesales procedimentales para dotar de sustancia al instituto.

Los citados autores inician su razonamiento preguntándose sobre la factibilidad de reconocer que ciertos aspectos procesales «desconectados» del resultado del proceso puedan lesionar derechos procesales fundamentales. Señalan que “la respuesta a esta interrogante sólo se puede resolver analizando lo que sucede con las resoluciones interlocutorias, es decir, las resoluciones que se adoptan antes de poner fin a la instancia³⁸⁷. A pesar de que tal calificación sea debatida en doctrina, lo cierto es que aun cuando se predique un carácter formal de ellas, en cuanto dirigidas a la simple ordenación formal o material del proceso, por resolver cuestiones o incidentes necesarios para la prosecución del mismo, en dicha función de todos modos, lo que se resuelva a partir de ellas puede incidir en la resolución de la cuestión principal, particularmente en materia de prueba.

En concreto, el potencial de lesión a un derecho a un proceso con todas las garantías a partir de una resolución interlocutoria debe reconocerse sin duda alguna en la resolución relativa a la admisión de una prueba. La conclusión es forzosa por los propios términos en que el TC formula la afectación del derecho al proceso con todas las garantías en la sola y mera valoración de la prueba³⁸⁸. El punto habría sido expresamente señalado en el f.j. 12º de la STC 49/1999 al sostener que: “el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos”. Como hemos anticipado, el asunto se oscurece porque más allá de un análisis teórico puro, la doctrina y jurisprudencia española deben compatibilizar estas afirmaciones en modo de habilitar de competencia al TC en el conocimiento del recurso de amparo.

³⁸⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 39.

³⁸⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 44. Véase el análisis formulado en nota n. 28.

³⁸⁸ Recordemos que ambos autores residencian la garantía procesal constitucional del art. 11.1 LOPJ dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia, criticando la superposición de derechos lesionados que se produce en virtud de la identificación del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías en los términos en que viene formulado por el TC en sentencia 81/1998.

La controversia surge precisamente porque las resoluciones interlocutorias no son recurribles en amparo *ex art. 44 LOCTC*, (y como se verá tampoco eran susceptibles de recurso alguno, sino hasta la sentencia definitiva³⁸⁹). Obviamente, a mi juicio, el hecho que la ley no lo contemple no significa que no pueda producirse la efectiva lesión de un derecho fundamental a través de este tipo de resoluciones: el modo de concebir una garantía constitucional no puede hacerse depender del tratamiento procedimental que el ordenamiento contempla para ella. La constatación de la ausencia de un régimen de impugnación autónomo para la reclamación de esta infracción debiese considerarse derechamente una laguna del legislador; sin que una conclusión sobre la naturaleza jurídica de la garantía pueda derivarse de dicha laguna.

En esta constelación de ideas, CAMPANER MUÑOZ –que concibe la exclusión de prueba dentro del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías– indica que aun cuando paradójicamente la resolución interlocutoria no sea recurrible, no se puede desconocer que ya con la incorporación de tales pruebas al proceso (proposición y admisión) se verifica la consumación de la violación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías³⁹⁰. Por otra parte, en cambio, la tesis más aceptada postula que no obstante efectivamente existir una lesión directa a un derecho fundamental procesal a través de la resolución interlocutoria, debe esperarse a la resolución definitiva para interponer el recurso de amparo y siempre que concorra interés para recurrir³⁹¹.

DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, critican esta tesis desde una triple perspectiva: por suponer la provisionalidad del contenido de la resolución en modo de esperarse que la misma pueda ser enmendada en el curso del proceso, lo que a su vez, presupone la existencia de una instancia posterior o, al menos, la posibilidad de recurso; y además porque si, al contrario, se reconociera el carácter definitivo de dicha resolución, y por ende la competencia del TC, incluso *per saltum* (como ocurre con la resolución sobre prisión preventiva), se desbordaría su competencia y se fomentaría la duración interminable de los procesos. En tercer lugar, dado

³⁸⁹ En este sentido, ARMENTA DEU repara en parte en esta circunstancia, cuando refiriéndose a las dificultades prácticas de la doctrina de la STC 114/1984, hace presente la inexistencia de un recurso específico en contra de la decisión de admisión de prueba (ni a tenor del art. 659, inc. 3º, LECrim. en el proceso por delitos graves, ni conforme al art. 792, inc. 1º LECrim. en el procedimiento abreviado), por lo que sólo sería posible interponer recurso de súplica a efectos de casación, sin perjuicio de reproducir la denuncia en el juicio oral, ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 188. Este aspecto también es criticado por GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 41 s.

³⁹⁰ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 31.

³⁹¹ En cuanto al interés procesal, en palabras de ASENCIO MELLADO, recordemos que la cuestión se encuentra en estrecha dependencia de la inclusión de la regla de exclusión dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia o del derecho al proceso celebrado con todas las garantías: “el TC ha optado por combinar en esta materia ambos derechos, hallando el fundamento de la prueba ilícita en uno o en otro según la situación probatoria, la absolución o condena, la existencia de pruebas directamente afectadas por la violación del derecho junto a otras derivadas y la posible coincidencia de pruebas lícitas e ilícitas en la sentencia condenatoria”. (...) “De este modo, si en un caso determinado se valora una prueba ilícita, es decir, llega a producir efectos, pero la condena no se fundamenta en dicha prueba, considera el TC que se ha violado el derecho fundamental material y el derecho a un proceso con todas las garantías, aunque dicha declaración carezca de trascendencia práctica. Y ello, porque no se habría afectado a la presunción de inocencia”, ASENCIO MELLADO, José María, “*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*”, op. cit. (n. 336), p. 8.

que la infracción no dependería del resultado del proceso, el TC estaría forzado a acoger el recurso de amparo y para corregirlo debería recurrir a una labor interpretativa que podría desnaturalizar los requisitos contenidos en el art. 44 LOTC. Por estos y otros motivos concluyen que sostener que la lesión de derechos fundamentales procesales se consume inmediatamente a lo largo del proceso, hace desaparecer la distinción entre el plano de la legalidad y el de constitucionalidad, pero no suponiendo un mayor garantismo, sino provocando una mayor desprotección de determinadas conductas, ya que el concepto procesal de interés para recurrir (gravamen) puede provocar la existencia de derechos fundamentales procesales lesionados que nunca van a tener acceso a amparo. De ahí que los autores estimen que el remedio a la lesión de derechos fundamentales procesales que se vayan verificando inmediata y sucesivamente a lo largo del proceso (en el que incluyen la fase de investigación preliminar y de juicio) deba identificarse en el mecanismo de la nulidad absoluta del art. 238.3 LOPJ bajo el contenido del concepto de indefensión y funcionando en modo inmediato, prescindiendo de si ya se ha consumado o no la lesión del derecho fundamental procesal³⁹².

En este sentido, explican que “cuando el TC afirma que por el mero hecho de utilizar una prueba ilícita ya se lesiona un derecho fundamental procesal (el proceso con todas las garantías), olvida la exigencia mínima que él mismo ha construido para admitir la existencia de un derecho fundamental procesal menoscabado: la indefensión. Esto es, la trascendencia de la conducta procesal concreta en el resultado del proceso. Por eso, el mero hecho de valorar una prueba ilícita no supone lesión de derecho fundamental alguno, sino que éste se vulnera cuando dicha prueba tiene trascendencia en el resultado del proceso. Algo que tradicionalmente ya está contemplado en la presunción de inocencia”³⁹³.

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES debe negarse la existencia de derechos fundamentales procesales lesionados en conductas que no tienen trascendencia en el resultado procesal, sin perjuicio de que el grado de trascendencia exigible sea distinto en cada derecho fundamental particular. Consideran que ello sólo puede ser de esa forma y por ello, cuando el TC intenta innovar, yerra. En su esquema, la aplicación del régimen de nulidad permite reconocer la trascendencia constitucional de la conducta concreta, en tanto «perfección» de la lesión del derecho fundamental procesal. Sin embargo, la «consumación» de dicha lesión sólo podrá producirse en la resolución definitiva, teniendo acceso a amparo sólo la lesión consumada del derecho fundamental procesal. A su juicio, el reconocimiento de la dualidad «perfección/correspondencia y consumación/intensidad», propio del derecho privado, referida a las garantías procesales del art. 24 CE, debe estimarse implícita en la propia naturaleza del ilícito constitucional. En tal sentido, “no toda contravención de una norma procesal provoca una vulneración de las garantías del art. 24 CE. Es cierto que, a nivel de mera correspondencia, el art. 24 CE sí cubriría prácticamente toda la normativa procesal, pero (...) la ilicitud constitucional requiere, en primer lugar correspondencia específica, y, después, suficiente

³⁹² DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 48 a 55.

³⁹³ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 43, 2002, p. 40.

intensidad constitucional, un test de intensidad de constitucionalidad que, (...), en el caso de las garantías procesales opera en doble secuencia”³⁹⁴.

Formulando la cuestión desde la perspectiva del art. 11.1 LOPJ, resulta que para los citados autores, tal disposición “es un precepto que pretende impedir que se consume la lesión de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita”. El soporte lógico del enunciado es débil. En efecto, inmediatamente se apresuran en aclarar que: “no significa eso que la conculcación del art. 11.1 suponga la consumación inmediata de la lesión de la garantía. Según se ha demostrado, la admisión de una prueba que deriva de la lesión de un derecho fundamental contraría el tenor del art. 11.1, pero sólo perfecciona la lesión de la garantía. La consumación de la lesión de la garantía constitucional tendrá lugar si la prueba resulta trascendental para la condena. Por el contrario, el art. 238 LECrim y art. 225 LEC, se mueven dentro del plano de la legalidad, aunque también alcanza su juego a las garantías constitucionales procesales. Pero su plano principal de actuación es la legalidad; inmediatamente que exista una conducta procesal viciada que entre en juego, no hay que esperar al resultado del proceso, a constatar la trascendencia de la conducta, para provocar la nulidad absoluta *ex arts. 240.2 LOPJ y 227.2 nueva LEC*”³⁹⁵.

Luego, como consecuencia de los dos planos del art. 238 LOPJ y enfrentando el obstáculo del concepto de «indefensión» contenido en la misma disposición, los autores proponen distinguir según si se está frente a una resolución interlocutoria o una definitiva. Tratándose de las primeras, señalan que: “el concepto de indefensión no puede ser tenido en cuenta. La indefensión, por su propia naturaleza, sólo puede determinarse con vistas a la resolución definitiva. Por eso, la consumación de la lesión de los derechos fundamentales procesales no se puede producir en ese tipo de resoluciones”, ya que el concepto de indefensión no puede utilizarse para enjuiciar la nulidad de los actos procesales. En este ámbito, “el art. 238.3º, art. 225.3º LEC, cobra todo su sentido: preserva las formas procesales, bajo la óptica de la legalidad ordinaria y a la par impide la futura consumación de la lesión de los derechos fundamentales procesales”. En cambio, el concepto de indefensión se torna ineludible en caso de resoluciones definitivas, esto es, que el quebrantamiento de los principios de audiencia, asistencia y defensa haya sido trascendental para el resultado del proceso, como consumación de la lesión de derechos fundamentales procesales. “Una vez que existe la resolución definitiva, el proceso debe contemplarse como lo que es: una serie o sucesión de actos encaminada a la aplicación del Derecho. Pretender otorgar tutela a las normas procesales, provocando la nulidad de actuaciones cuando no tienen trascendencia alguna respecto del resultado, contraviene el concepto mismo de tutela judicial efectiva”³⁹⁶.

³⁹⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 229, nota 90.

³⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 143 nota 142 y p. 144.

³⁹⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 146 a 148.

Para ASECIO MELLADO³⁹⁷, en cambio, “jurídicamente, la prueba ilícita (que en concepto del autor, sólo surge con la infracción de un derecho fundamental material) genera la nulidad del acto vulnerador de derechos, incluidos los que constituyan materialización de la diligencia nula, cualquiera sea la forma en que se introduzcan en el proceso”. El efecto que produce la prueba ilícita se suele equiparar a la inexistencia —en un sentido no técnico—, en tanto su apreciación debe conducir a la exclusión material del proceso de lo obtenido directa o indirectamente mediante la invasión indebida en los derechos fundamentales.

En primer lugar, el razonamiento parte de considerar la expresión «no surtirán efectos» contenida en el art. 11.1 LOPJ como la consagración de la carencia de todo efecto legal, la privación de todo efecto, sea directo como indirecto. A *contrario sensu*, ceñir la dicción carencia de efectos, expresada sin distinción, a los estrictamente probatorios y en consecuencia reducir la prueba ilícita como “sinónimo de «prueba de valoración prohibida», significa, derechamente, restringir de forma absoluta la interdicción legal de eficacia, permitiendo que produzca todos los efectos salvo el específico de su apreciación. Si la prueba ilícita goza de fundamento constitucional, esta interpretación sería contraria a la propia vigencia y efectividad de los derechos al restringir su virtualidad más allá de los dictados de la propia ley y más allá de figuras afines, pero que protegen intereses no constitucionales. Es más, aunque se considere que el fundamento es meramente legal, la interpretación de las normas que afectan a los derechos esenciales nunca puede ser limitativa, debiendo hacerse en la forma más favorable a su virtualidad real y, en caso de duda, optarse siempre por la que posibilita en mayor medida su ejercicio. La legalidad lo impone de esta manera y así se deduce de los arts. 53.2 y 81 CE”. De ahí se sigue que el efecto de la regla de exclusión no consista en una simple prohibición de valoración y que a penas sea conocida, la misma deba ser inmediatamente pronunciada, precisamente para evitar que produzca efectos. Por el contrario, que el efecto se entienda circunscrito a una mera «prohibición de valoración», equivaldría a mantener la validez del acto respectivo, en espera que genere efectos directa o indirectamente³⁹⁸, lo cual implicaría negar eficacia real a la prohibición o, peor aún, fomentar que este tipo de prueba genere algún tipo de efecto y con ello animar indirectamente a que el Estado se aproveche de su propia conducta indebida.

³⁹⁷ Argumentos extractados de ASECIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 4 a 8.

³⁹⁸ ASECIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 4 s. Se otorgaría valor a las pruebas reflejas en un doble sentido: el primero, al permitir que las pruebas ilícitas mantengan su validez produciendo sobre su base actuaciones dependientes naturalmente de ellas, pero lícitas, posibilitando, pues, esa ilicitud o aprovechamiento en el tiempo; el segundo, al rehabilitar indirectamente las pruebas ilícitas mediante otras cuya práctica se adecue a las exigencias del medio legalmente establecido. Agrega que: “Se abriría la puerta al abuso del derecho dándose lugar a situaciones tan poco objetivas y susceptibles de fraude, que ese solo hecho obliga a extremar la prudencia a la hora de formular conclusiones tal vez precipitadas y de difícil compatibilidad con los conceptos utilizados. La prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena”.

En segundo lugar, equiparar ilicitud probatoria con prohibición de valoración significaría incurrir en el grave error de ignorar el hecho que la prueba ilícita, y por ende la nulidad, afecta a la obtención de las fuentes y no al medio practicado. Según el citado autor, con ello se termina por confundir la categoría jurídica prevista en el art. 11.1 LOPJ con la derivada de la garantía del derecho a la presunción de inocencia, incurriendo en una peligrosa confusión entre los derechos y los objetos de cada uno de ellos. Lo que se obtiene no son medios probatorios, sino fuentes de prueba y la ilicitud viene referida a esa actividad en la obtención, no a su incorporación o práctica y valoración, que están amparadas por otras figuras jurídicas³⁹⁹. Por tanto, una fuente incorporada a la instrucción obtenida con infracción de derechos, debe ser anulada inmediatamente, en tanto tal fuente así conseguida incorpora una información determinada. Trasladar esa exclusión al momento en que dicha realidad se practica mediante un medio de los establecidos en la ley, supone confundir la ilicitud fundamentada en la vigencia de los derechos fundamentales materiales, con los instrumentos que disciplinan la práctica de la prueba, unos que establecen requisitos infraconstitucionales y otros que vienen configurados por el derecho a la presunción de inocencia.

Así las cosas, “la prueba ilícita engendra nulidad e ineficacia, debiendo, una vez apreciada, ser excluida físicamente de las actuaciones para evitar que produzca cualquier consecuencia. Esa exclusión deriva lógicamente, a diferencia de lo que sucede con la nulidad de los actos procesales, de que la misma es insubsanable y no puede ser convalidada, de modo que su mantenimiento carece de sentido, salvo que se pretendan o permitan efectos que la ley no puede amparar y que podrían estar en la base de la posición que sostiene la degradación de la ilicitud probatoria a una mera prohibición de valoración”.

De este modo, ASENSIO MELLADO con el objeto de compatibilizar su tesis con la tendencia del TC, explica que: “la referencia que el TC hace a la valoración de las pruebas ilícitas, al igual que hace el proyectado art. 13 del Código Procesal Penal, no se limita sólo a la que procede como prueba, sino que va más allá abarca todo uso que permita sobre su base imputar, acordar medidas cautelares, etc.”. Ahora bien, si se condena sobre la base de esa prueba ilícita, los derechos vulnerados serán todos, esto es: el mismo derecho material, el derecho a un proceso con todas las garantías en tanto el uso de una prueba ilícita constituye una vulneración de ese derecho y el que se tiene a la presunción de inocencia⁴⁰⁰.

e) Inexistencia de una instancia procesal autónoma para su alegación

Desde el escenario apenas descrito –sin que el problema de fondo sea adecuadamente sopesado–, doctrina y jurisprudencia pasan directamente a analizar los problemas aplicativos del régimen del art. 11.1 LOPJ, como consecuencia de la práctica total inexistencia de normas

³⁹⁹ Como explica el autor, otra cosa es que, si no se ha hecho antes, se haga con posterioridad, pero con el agravante de que la fuente ilícita, en su momento ajena a un medio probatorio y no practicada, ya fue dotada de otra entidad, ejecutada y valorada con todo lo que ello supone.

⁴⁰⁰ ASENSIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, op. cit. (n. 336), p. 8.

de desarrollo en las reglas procesales penales sobre el modo de proceder con el mandato «no surtirán efecto» contenido en dicha disposición. Así, los extremos de tal debate no se han efectuado en puridad desde la perspectiva del concepto de «ineficacia» subyacente en la expresión «no surtirán efectos» del art. 11.1 LOPJ, sino que el mismo ha ido diluyéndose en cuestiones propias del régimen normativo legalmente existente, en disquisiciones relativas a la competencia del órgano jurisdiccional y a la influencia psicológica que la prueba ilícita puede desplegar sobre el convencimiento judicial⁴⁰¹.

En palabras de GONZÁLEZ GARCÍA, la cuestión queda circunscrita a “determinar cómo, en qué momento y a iniciativa de quién se invalida la prueba en el seno del proceso”, siendo todos aspectos de difícil solución debido a que habitualmente el conocimiento de la ilicitud de la fuente recién se conoce con posterioridad a la incorporación de la prueba al proceso, incluso con posterioridad a la práctica o conocimiento de ésta por el tribunal⁴⁰².

Como se verá, la posición doctrinal y jurisprudencial respecto de la negación del carácter de regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ se encuentra fuertemente condicionada por la ausencia de una norma expresa que plantee la inadmisión de un medio de prueba en el procedimiento ordinario por delitos graves a limine, tal como ocurre en el caso de impertinencia o de inutilidad, y que es lo que ha obligado a la tendencia jurisprudencial contraria, en muchos casos, a forzar el sentido del art. 659 LECrim.

4. Régimen procesal del art. 11.1 LOPJ

a) Régimen procesal para exigir la aplicación del art. 11.1 LOPJ

La posición jurisprudencial mayoritaria que la considera únicamente una prohibición de valoración, suele desconocer la existencia de toda instancia procesal para resolver derechamente a su respecto antes de la fase de valoración a cargo del Juez o Tribunal. Sin embargo, resulta muy curioso que incluso muchos de quienes desconocen su naturaleza jurídica de regla de exclusión, intenten proponer soluciones a ello, en modo de lograr que la misma se comporte como una prohibición de admisión. En otras palabras, se intenta que la expresión «no surtirán efectos» contenida en el art. 11.1 LOPJ no se considere únicamente circunscrita al solo momento de valoración o apreciación de la prueba, sino que la misma sea comprensiva también del momento procesal de su admisión, propendiendo a su expulsión material, incluso de oficio⁴⁰³.

⁴⁰¹ Para una síntesis, sobre los diversos argumentos que aconsejan la concepción de una prohibición de admisión de la prueba ilícita, además de los aquí mencionados, véase ASENCIO MELLADO, José María, “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, op. cit. (n. 122), p. 13 e ID., “Prueba ilícita: declaración y efectos”, op. cit. (n. 338), p. 42 ss., donde se indica el respeto del principio de economía procesal, poder asegurar una adecuada línea defensiva y el evitar actuaciones de mala fe.

⁴⁰² GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit. (n. 111), p. 19.

⁴⁰³ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 28, nota 21 y Capítulo V, *passim*, indica que la regla del art. 11.1 LOPJ no constituye una prohibición de valoración como limitación al principio de libre valoración consagrado en el art. 741 LECr., sino

Antes de proceder con los distintos momentos procesales propuestos para la discusión sobre la licitud de la prueba, es preciso anotar cómo es que la inexistencia de un trámite de «disclosure» propiamente tal, también suele venir invocado para negar la operatividad de una regla de exclusión en este sentido. En España la fase de investigación preliminar, también llamada «sumario», está en principio caracterizada por principios del sistema inquisitivo, limitados a ciertos actos o que bien pueden concurrir no en toda su pureza. En efecto, esta fase ya no tiene un carácter «secreto», sino «reservado» impuesto por el art. 301 LECrim, reformado por el Estatuto de la Víctima del Delito de 2015. Sin embargo, el carácter reservado no se refiere a las partes en el procedimiento preliminar, que por el contrario pueden tomar conocimiento de todas las actuaciones e intervenir en todas las diligencias (art. 302 también reformado el 2015), salvo que se haya acordado su reserva (jamás respecto del MP) a través de la dictación del correspondiente auto por un periodo no superior a un mes (sin que se señale expresamente la posibilidad de prórroga) y siempre que ello resulte necesario para: *i*) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o *ii*) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. En todo caso, la declaración de secreto debe alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario⁴⁰⁴.

i. Ausencia de norma expresa en fase intermedia e insuficiente estructura

Como explica ARMENTA DEU⁴⁰⁵, la fase intermedia representa por una parte, el cierre de la instrucción, para resolver sobre su correcta clausura; y por otra, constituye la oportunidad de evaluación acerca de la procedencia del juicio oral. En efecto, desde este segundo extremo, esta fase tiene por objeto determinar si procede el sobreseimiento del proceso; si se precisa de integración probatoria (diligencias indispensables); o bien, si hay elementos suficientes para entender fundada la acción penal y, por tanto, continuar con la apertura del juicio oral. Sin embargo, dependiendo del tipo de proceso –ordinario o abreviado– la misma se desenvuelve

que de una regla de exclusión de prueba que puede y debe operar antes del enjuiciamiento a través de la exclusión material de lo inconstitucionalmente obtenido de modo inmediato; ASCENCIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 2. “la nulidad debe evidenciarse de modo inmediato, una vez conocida y declararse formalmente excluyendo físicamente los actos obtenidos con infracción de derechos fundamentales. No es la prueba ilícita una mera prohibición de valoración, sino de uso general. Una prueba ilícita no debe ser admitida, practicada o valorada, según el momento procesal en el cual se evidencie”; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, op. cit. (n. 326), p. 174. “Nadie duda de la imposibilidad de acceso a juicio de una prueba ilícitamente obtenida, adquirida vulnerando derechos fundamentales, y, más aún, de su imposibilidad de formar parte del acervo probatorio a valorar por el juzgador. Se estaría vulnerando un presupuesto básico de la actividad probatoria y con él una garantía del propio proceso”; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*”, op. cit. (n. 30), p. 95 s.; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 138 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*”, op. cit. (n. 33), p. 193.

⁴⁰⁴GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “*La instrucción del proceso: su estructura esencial*”, en A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), p. 134 s.

⁴⁰⁵ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 253-264.

ante el mismo órgano decisor, o se mantiene en el Juez de Instrucción, respectivamente. Es decir, en caso de procedimiento ordinario, una vez que el Juez de Instrucción decide el cierre de ésta, el mismo debe remitir los autos al órgano enjuiciador, comunicándolo a las partes, de manera que es ante este último donde tiene lugar toda la revisión de lo actuado en la instrucción, decidiéndose el sobreseimiento o la apertura de juicio oral.

De todos modos debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento español, a diferencia de Italia y Alemania, en el procedimiento ordinario para delitos graves, la fase de investigación preliminar se encuentra a cargo del Juez de Instrucción, donde el MP –no obstante ostentar una situación claramente privilegiada en la fase sumarial como órgano público y acusador oficial– le corresponde únicamente una función inspectora del mismo y propositiva de todas las diligencias que estime oportunas. Esto a diferencia de cuanto ocurre en el procedimiento abreviado donde se admite la posibilidad de que sea el MP el instructor de la investigación⁴⁰⁶.

Luego, habiéndose acordada la apertura del juicio por parte del tribunal en el proceso por delitos graves, éste ordena la entrega de los autos a las partes sucesivamente, para que, en el plazo, no común, de cinco días, formulen la calificación provisional, con posibles ampliaciones en función de la complejidad de la causa; y que, en caso de desestimarse la formulación de artículo de previo pronunciamiento, debe evacuarse en el plazo de tres días (art. 679). Suele indicarse que en el ordenamiento español no existe un verdadero «*disclosure*», sin embargo, de todos modos existe un orden de entrega de los autos, que viene fijado legalmente en forma sucesiva. “Primero el fiscal o, en su caso, el acusador privado (art. 649, I, LECrim), luego el acusador particular si ha concurrido (art. 651, I, LECrim, que hay que extender al acusador popular, en su caso), después al actor civil si lo hubiera (art. 651, II, LECrim), y, finalmente, el acusado y los responsables civiles (art. 652, I, LECrim). Con los autos, se permite examinar también las piezas de convicción (art. 654 LECrim)”⁴⁰⁷.

En el procedimiento por delitos graves, la «acusación» se denomina «calificación provisional» y según el art. 656.1 LECrim, deben contener, además, las pruebas de que intenta valerse cada parte, presentando la lista de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. Luego, la defensa, una vez que ha tomado conocimiento de los escritos de calificación provisional de las partes acusadoras, tiene derecho a manifestar lo que a su derecho convenga en lo que se denomina «calificación provisional de la defensa».

Evacuado este último trámite, procede que el Tribunal examine las pruebas propuestas y proceda a la dictación del correspondiente auto de apertura del juicio oral. Sin embargo, en tal examen, tanto el art. 659 LECrim, para el Procedimiento Ordinario, como el art. 785.1 LECrim, para el Procedimiento Abreviado, según redacción dada por Ley 38/2002⁴⁰⁸, consienten

⁴⁰⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 146 s.; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “*La instrucción del proceso: su estructura esencial*”, op. cit. (n.404), p. 136 ss.

⁴⁰⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “*El juicio oral (II)*”, en A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), p. 344 s.

⁴⁰⁸ Ley 38/2002, de 24 de octubre, *De reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*. Ambas disposiciones (659 y 785), por lo demás, siguen contemplando únicamente el criterio de «pertinencia» para la resolución de inadmisión de las pruebas luego de la reforma operada por la Ley 13/2009, de

únicamente la inadmisión en base a un criterio de pertinencia de la prueba propuesta, sin mención expresa a la licitud de las mismas.

De ahí que el TC en sentencia 114/1984, f.j. 5º, haya debido recurrir a la construcción de un concepto de «medios de prueba pertinentes» del art. 24.2 de la Constitución que incorporara, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual no pudiese estimarse jamás como «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido⁴⁰⁹.

Sin embargo, como acertadamente explica PICÓ I JUNOY tal razonamiento implica desnaturalizar el concepto técnico-procesal de «pertinencia», razón por la cual el citado autor termina incorporándolo por la vía de un examen sobre licitud separado, de aplicación de la garantía objetiva del derecho a la prueba respecto de su titular y como regla de exclusión desde la perspectiva del sujeto pasivo de la prueba. Se entiende que el razonamiento del autor, pasa por una aplicación supletoria del art. 283 LEC, ampliamente comentado, autorizada por el art. 4 del mismo cuerpo normativo, al indicar que: «En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley». De ahí que –a mi juicio– sea conveniente hacer una lectura conjunta del art. 11.1 LOPJ y 283 N° 2 y 3 LEC, en modo de considerar a la primera como una concreción del exámen de utilidad de la prueba que soslaye el inconveniente de desnaturalizar el concepto técnico de pertinencia.

En todo caso, es relevante destacar que ambas disposiciones (659 y 785) señalan que contra el auto de admisión o práctica de la prueba, no procede recurso alguno (la laguna legislativa a que se ha hecho referencia *supra*). En el procedimiento ordinario sólo se permite, en su día, la interposición de recurso de casación en contra del auto que rechaza o deniega la práctica de una diligencia de prueba y siempre que el mismo se haya preparado oportunamente con la correspondiente protesta. Es decir, ni siquiera consiente la re-proposición de la misma al inicio del juicio oral, como sí se permite, en cambio, a propósito del procedimiento abreviado.

Sin embargo, de la jurisprudencia de las Audiencias, tras el inicio del juicio, podían deducirse tres momentos posibles para impugnar la nulidad de las actuaciones por existencia de prueba ilícita: al inicio de la vista al momento de admitirse la prueba, al dictarse sentencia, y finalmente, en la interposición de los correspondientes recursos, entre los que era procedente el recurso de casación por tratarse de un error *in procedendo* que da lugar a un vicio *in iudicando* [siempre que éste hubiese sido preparado oportunamente con la correspondiente protesta (art. 659.4 LECrim)].

3 de noviembre, *De reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*, forzando a reducir el debate de la ilicitud sólo con posterioridad al inicio del juicio oral propiamente.

⁴⁰⁹ Se muestran conforme con una aplicación del art. 659 en sentido sustancial: DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 149; CHOZAS ALONSO, José Manuel, “*Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español*”, op. cit. (n. 112), p. 457 s. Para una crítica sobre la pérdida de autonomía del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, vid. CAAMAÑO, Francisco, “*El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 125 ss.

ii. Al inicio de la vista del juicio oral sin carácter preclusivo

Esta vía es planteada a través de una interpretación extensiva del trámite de cuestiones previas regulado en el art. 666 LECrim (incidente de previo pronunciamiento) para el procedimiento ordinario; con el objeto de poder aplicar analógicamente los arts. 793.2 (actual art. 786.2) y 785 LECrim, ambos en materia de procedimiento abreviado.

Sin embargo, “frente a todas las hipótesis que reclaman un tratamiento previo cuya finalidad declarada es expulsar del proceso cualquier rastro de la ilicitud que pueda influir en el ánimo del juez, existe una amplia línea jurisprudencial que defiende la bondad de una lectura adecuada de los arts. 11.1; 238.3 y 242 LOPJ, conforme a la cual, la nulidad se predica de haber prescindido total y absolutamente de las normas procesales esenciales y ello sólo se conoce al final del proceso, practicada la totalidad de la prueba. De tal regla sólo se admitiría la excepción del procedimiento abreviado por la existencia expresa de un trámite específico al efecto, y aún en él si se fundara suficientemente”⁴¹⁰.

En efecto, la postura jurisprudencial favorable a una interpretación extensiva del art. 666 LECrim adoptada en el Auto de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro, seguida también por STS 7 junio 1997 y STS 6 octubre 1995), no constituye la actual tendencia mayoritaria en España. Según esta posición, debía entenderse que las cuestiones preliminares del proceso abreviado, establecida en las disposiciones mencionadas, apuntaban a evitar incidencias sucesivas durante el juicio que fuesen evidentemente dilatorias del proceso, pues la celeridad y la concentración se constituían en ejes esenciales del mismo, por lo que se debería propiciar la resolución inmediata y previa, sobre esas pretendidas infracciones. Por mandato del art. 786.2 actual se encuentra contemplada en forma expresa la posibilidad de plantear, en las intervenciones iniciales de las partes, la «vulneración de algún derecho fundamental» y los reclamos sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Indicando seguidamente, que el Juez o Tribunal podía resolver en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas, sin que la decisión adoptada fuese susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pudiese ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

Sin embargo, el TS, tradicionalmente, rechazó que el turno de intervenciones de las partes para el procedimiento abreviado, constituyese el momento procesal idóneo para concentrar las peticiones sobre nulidad de las pruebas; inclinándose porque la cuestión fuese

⁴¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 198. En jurisprudencia reciente, véase: STC 54/2015, Sala 2ª, 16 de marzo de 2015 (BOE N° 98, de 24 de abril de 2015), f.j. 8, pár. 4, parte final: “La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba [destaquemos que utiliza estas expresiones con ocasión del examen de la prueba derivada] cuestionada lo que corresponde examinar a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo”. A nivel de TS, *vid.* STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 4º, parte final, que – también a propósito de la prueba derivada señala que: “El mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia”.

debatida una vez iniciado el juicio y resuelta en el trámite de sentencia, con los prejuicios que ello podía conllevar. Es decir, si bien aceptaba que en esta fase se abriera debate acerca de la nulidad de las pruebas que pudieran plantearse, indicaba que la cuestión podía ser resuelta en esa oportunidad o bien, aplazada hasta el momento de dictarse sentencia. Ello por cuanto la expresión resolver «lo procedente» contenida en el art. 793.2 (actual 786.2) no implicaría necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada⁴¹¹, salvo supuestos muy excepcionales (como por ejemplo, en los casos de infracción de normas procesales o constitucionales cuando impliquen efectiva indefensión).

Como se advierte, aun más, en caso que existiese un pronunciamiento en fase de cuestiones preliminares, tal resolución no tendría un carácter preclusivo, pudiendo el juez constatar en un momento posterior, incluso en sede de recurso, la existencia de una causal de nulidad, pudiendo declararse siempre y cuando se hubiese cumplido con las exigencias de contradicción⁴¹² (Auto de 3 de febrero de 1993 y STC de 13 de diciembre de 1993).

Es decir, conforme con la actual postura, aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales pueda adoptarse, cuando de procedimiento abreviado se trata, en la iniciación de la vista oral conforme al tan repetido art. 793.2; se ha entendido que también es correcto, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y constitucional, aplazar la decisión hasta el momento de dictarse la sentencia siempre que existan razones objetivas suficientes para ello, o adelantar tal decisión en las cuestiones preliminares de forma sucinta, sin perjuicio de la ulterior motivación y complementación en la sentencia definitiva⁴¹³.

⁴¹¹ STS 4 febrero 1997 (R.Ar. 1275), f. j 1º. En la misma línea por una resolución en el trámite de sentencia: STS 18 octubre 1998 (R.Ar. 7537), f. j. 3º; STS 31 mayo 1994 (R.Ar. 4506), f.j. 6º; STS 27 junio 1994 (R.Ar. 5034), f.j. 1º; STS 23 diciembre 1994 (R.Ar. 10266), f.j.1º; STS 7 abril 1995 (R.Ar. 2885); STS 26 febrero 1996 (R.Ar. 924), f.j. 1º y 2º; STS 3 abril 1996 (R.Ar. 2868), f.j. 2º; STS 25 enero 1997 (R.Ar. 109); STS 4 febrero 1997 (R.Ar.1275); STS 3 febrero 1998 (R.Ar. 723), f.j.3º; STS 818/2011, de 21 de julio y las que en ella se citan. En contra del aplazamiento de la resolución de la cuestión al trámite de sentencia, *vid.* STS 6 marzo 1995 (R.Ar. 1808). Por una concepción discrecional sobre el momento de la resolución, *vid.* STS 6 octubre 1995 (R.Ar. 7595). La posición intermedia, que reconoce la necesidad de denuncia y declaración inmediata en caso de indefensión (por ende, susceptible de verificarse ya en sede de instrucción), sin perjuicio de advertir la inexistencia de un derecho a reparación inmediata de los derechos fundamentales lesionados en el curso de un proceso. En esta posición esto último supone que, no obstante plantear la posibilidad de denunciar la cuestión en los artículos de previo pronunciamiento, se entienda que el tribunal se encuentra facultado para resolver igualmente en el trámite de sentencia, siempre que existan razones objetivas suficientes para ello: STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 13º; STS 619/2016, Sec. 1ª, de 3 de marzo de 2016, Andrés Martínez Arrieta, f.j. 2º letra A), en que “En contra de lo solicitado, el Tribunal lo resolvió en sentencia, en cuestiones previas. Por lo que [a juicio del recurrente] se produjo su contaminación por el resultado de las pruebas de ADN finalmente declaradas nulas. Y ello es así por cuanto condena al acusado, a pesar de haber afirmado los agentes que procedieron a la detención del acusado, tras recibir el resultado de las pruebas de ADN, y que a continuación se practicaron el resto de las diligencias”; STS 1044/2011, Sec. 1ª, de 11 de octubre de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º; STS 818/2011, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 1º; STS 25/2008, de 9 de enero; STS 330/2006, de 10 de marzo; STS 160/1997, de 6 de febrero; STS 286/1996, de 3 de abril.

⁴¹² Sobre la desigualdad reflejada en el régimen recursivo, *vid.* RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 296 s.

⁴¹³ En este sentido, véase: STS 1290/2009, de 23 de diciembre; STS 25/2008 de 29 de enero; STS 330/2006, de 10 de marzo; STS 160/1997, de 6 de febrero; STS 286/1996, de 3 de abril. Sin embargo, bajo esta posición, el debate se trasladaría a la determinación de aquello que debiese considerarse «razones objetivas suficientes» para proceder

Según la STS 545/1995, de 7 de abril, este criterio vendría impuesto por el análisis racional del precepto procesal en interpretación gramatical y auténtica, de acuerdo además con los arts. 11.1, 238.3 y 242 de la LOPJ, pues “la vulneración del derecho fundamental es, entre otras materias, una de las finalidades de ese incidente previo, sin que el precepto legal obligue a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final, en base a las razones justificativas que se dan para ello, sobre todo si durante la vista oral se aportan o se reproducen pruebas esclarecedoras al respecto”⁴¹⁴. En el mismo sentido, la STS 818/2011, de 21 de julio, explica que «lo procedente» no implica necesariamente una resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, ya que aplazar la solución para el momento procesal de dictar sentencia, puede justificarse en la necesidad de que el Tribunal sentenciador pueda –de manera prolija y detallada– explicitar las razones de la estimación o desestimación del fondo de lo debatido, lo que sería más difícil de llevar a cabo en un acto previo al definitivo de la sentencia, dada la perentoriedad y precariedad del trámite.

En todo caso, aun cuando se estimara aplicable el art. 793.2 al procedimiento ordinario, se presenta el problema de que el mismo sólo implica una instancia para abrir un debate de alegaciones y no de prueba, de forma que si no se practica la citada «prueba sobre la prueba» difícilmente se podría saber el alcance de la ilicitud que se alega. En segundo lugar, si se permitiese aplicar el régimen procesal del art. 666 referido a los incidentes de previo pronunciamiento, donde sí se consiente la rendición de prueba, la solución sigue siendo insatisfactoria por cuanto en el trámite de tales incidentes sólo se consiente prueba documental y como el mismo opera luego de la admisión de la prueba, entonces se produciría una contradicción con el principio de irrecorribilidad de la resolución de admisión de las mismas⁴¹⁵. En efecto, otro problema que se presenta en el procedimiento abreviado, donde se consiente la interposición de recurso de apelación en contra de la sentencia, en conformidad con el art. 792 que regula la hipótesis de quebrantamiento de forma esencial, éste impone al Juez, sin entrar en

inmediatamente, *vid.* STS 270/2016, Sec. 1ª, de 4 de febrero de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 3º letra a), donde la alegación del recurrente consiste en que: “A) Entiende que la decisión sobre la nulidad de las intervenciones telefónicas, planteada como cuestión previa por las defensas, debió adoptarse en el momento inicial como indica el art. 786.2 LECrim., y no posponerse al momento de dictar sentencia, ante lo que protestaron las defensas. En el caso, la decisión no requería más allá del examen del oficio remitido por la Guardia Civil al Juzgado en el que solicitaba la intervención telefónica, por lo que no existía razón alguna para diferir la decisión al momento final del juicio en la sentencia. La decisión de nulidad finalmente adoptada hubiera mediatizado, sin duda, la práctica del resto de pruebas en el juicio, de haber sido conocida desde un primer momento”.

⁴¹⁴ Para una crítica de esta aproximación jurisprudencial que marca tendencia en el TS sobre la oportunidad procesal para la declaración de prueba nula en relación con la validez de la confesión del acusado, *vid.* CARMONA RUANO, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba ¿es indiferente el momento en que puede declararse?”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 25, 1996, p. 95-99.

⁴¹⁵ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, *op. cit.* (n. 10), p. 149 ss. Contrario a toda invocación del art. 666 por su carácter de *numerus clausus*, CHOZAS ALONSO, José Manuel, “Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español”, *op. cit.* (n. 112), p. 457. Con todo una síntesis de la problemática expuesta, también puede consultarse en BAÑERES SANTOS, Francisco, “Proposición y admisión de las pruebas en el proceso penal”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* Nº 12, CGPJ, 2000, p. 100 ss.

el fondo del asunto, ordenar que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sea idéntico no obstante la falta cometida; lo cual puede plantear otros tantos problemas.

De ahí que, parte de la doctrina, proponga valerse del carácter supletorio de la LEC y defienda la aplicación del art. 287 como incidente contradictorio en el proceso penal, una vez que el Tribunal se hubiera pronunciado sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes que debería ser resuelto con carácter previo al inicio de la vista oral, sin que en todo caso, tal solución provisional dispense al legislador de efectuar una regulación más detallada y acomodada a los trámites del proceso penal⁴¹⁶. En efecto, el art. 287 LEC establece que dicha cuestión se resolverá en el acto del juicio, o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que se dé comienzo la práctica de la prueba, oyéndose a las partes, practicándose las pruebas sobre la ilicitud que se consideren pertinentes. El juez debe resolver, pudiendo recurrirse en reposición, que se resolverá en el mismo acto, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva. Sin embargo, como se verá a continuación, el modo en que la misma opera a nivel de recurso tampoco es satisfactoria.

Con todo, quienes –independientemente de la naturaleza concreta que reconozcan a la regla del art. 11.1 LOPJ– están a favor de la inadmisibilidad de la prueba en sentido técnico, sostienen que la única forma de garantizar la ineffectividad de las pruebas ilícitas, es impedir a toda costa que las mismas puedan incorporarse al proceso a los efectos de evitar todo influjo psicológico en el ánimo del juzgador en el momento de proceder a la valoración del material probatorio. En efecto, se indica que, a pesar que la denominada audiencia «saneadora» del procedimiento abreviado, pueda tener la virtud de permitir el pronunciamiento sobre la ilicitud de la prueba con anterioridad al momento de su práctica durante las sesiones del juicio oral, –y aun cuando se tratara de una resolución preclusiva– la misma no ofrecería una solución

⁴¹⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 100 s. y 157. Similares soluciones son esbozadas por: GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 19; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 171 s. donde indica además que la decisión podrá ser objeto del recurso de súplica o reforma, sin perjuicio del recurso en contra de la sentencia definitiva. Es también relevante anotar que estima que en caso que el incidente sea resultado negativamente y se estime la licitud de la prueba, ello no obsta a que en la sentencia definitiva de estime lo contrario. De reciente, vid. CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 194 ss. basándose en el carácter supletorio del art. 287 LEC. Véase, por último, ASECIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 42, para quien, al margen, de los problemas de aplicabilidad directa de la norma al no ajustarse plenamente a las características del proceso penal, su relevancia radica en que viene a confirmar que “sí es evidente que el legislador español no considera a la prueba ilícita como una simple prohibición de valoración, antes al contrario, la entiende siempre como un supuesto de ineffectividad que debe decretarse y denunciarse lo antes posible y que no debe equipararse con una mera cuestión valorativa”.

satisfactoria para resolver el problema del influjo psicológico de la prueba ilícita en el ánimo del juzgador, ya que la misma se desarrolla justamente ante el mismo tribunal sentenciador⁴¹⁷.

iii. En los informes sobre la prueba y en las calificaciones definitivas

Atendido el carácter no preclusivo de la eventual resolución del asunto en sede de cuestiones previas, también se ha planteado la posibilidad de que la parte pueda poner de manifiesto la ilicitud de la prueba en el momento de los informes sobre la prueba (art. 734 LECrim) o en las calificaciones definitivas (art. 788 N° 3 LECrim). En lo que respecta a esta última instancia, dicha disposición establece que una vez terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a las partes que se manifiesten sobre la ratificación o modificación de las conclusiones de sus escritos provisionales y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos, por lo que nada parece obstar a poner este dato de manifiesto, dado que a partir de ese momento se abre un debate contradictorio con fase de prueba, que puede llevar a cambiar la calificación. En este sentido, cuando la prueba ilícita sea la única prueba hábil o las restantes pruebas deriven de ella, el MP debe solicitar el sobreseimiento de la causa⁴¹⁸.

Ahora bien, el que la discusión sobre la ilicitud de la prueba deba ventilarse en el juicio oral, pone al imputado en una complicada posición procesal que puede tener efectos muy adversos en su destino final. Si bien la cuestión se advierte muy evidentemente en el tratamiento de la confesión voluntaria del mismo que, precisamente se ha ido construyendo como excepción e hipótesis justificada de desconexión de antijuridicidad; el asunto también puede generar tensión a la hora de escoger una adecuada teoría del caso. Ejemplo de la situación que se plantea se concreta en ATS 1055/2016⁴¹⁹, que confirma la desconexión de antijuridicidad del testimonio de un testigo que había presenciado la diligencia de entrada y registro, declarada nula y que había sido presentado por el recurrente precisamente para acreditar la lesión del derecho a la intimidad y la declaración de ilicitud de dicha diligencia.

En este sentido, las inquietudes que propone esta investigación, se encuentran bien recogidas en la solicitud del recurrente en STS 619/2016⁴²⁰, donde alega que: “A los efectos de

⁴¹⁷MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 100 y 155 s. Según MARTÍNEZ GARCÍA, bajo la LECrim previgente a la reforma parcial, en materia de audiencia preliminar “se abogaba por una solución *ipso facto*, sin que fuera conveniente posponerlo a la sentencia, pues se incrementaba el riesgo de llegarse a practicar prueba ilícita y de contaminar al órgano jurisdiccional”, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 176. Sobre el modo de hacer efectivo un mecanismo adecuado destinado a la expulsión de prueba en esta fase, *vid.* GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 40 s.

⁴¹⁸MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 176 ss.

⁴¹⁹ATS 1055/2016, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 2º.

⁴²⁰STS 619/2016, Sec. 1ª, de 3 de marzo de 2016, Andrés Martínez Arrieta, f.j. 2º letra a). En términos similares, también: STS 270/2016, Sec. 1ª, de 4 de febrero de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 4º, letra c): “El acusado reconoció en plenario, después de que el tema de la nulidad se hubiera planteado por su defensa como cuestión previa, es decir con pleno conocimiento, que la droga hallada en la pizzería le pertenecía y era de su propiedad, y que parte de ella se la guardaba a un tercero y recibiría a cambio una porción de la misma, por lo que esa confesión es prueba autónoma e independiente y por tanto sin conexión de antijuridicidad alguna con las

un procedimiento con todas las garantías, de haberse celebrado la audiencia solicitada, con anterioridad a la celebración del juicio, se habría decretado la expulsión del conjunto probatorio, y se habría podido adecuar la línea de defensa a las pruebas que persistían. No ha podido ser así, dejando a esta parte huérfanas de prueba para los intereses del acusado. La defensa renunció a todas las pruebas propuestas para no contaminar más al Tribunal, dado que lo que sostenía en primer lugar era que existía una clara y meridiana ilicitud de una prueba, que así fue declarada. Por ello solicita la nulidad del juicio y que se retrotraigan las actuaciones al momento de la calificación provisional, teniendo por expulsada la prueba biológica del ADN, y que se repita el juicio ante un Tribunal formado por distintos Magistrados⁴²¹. Considera que si el Tribunal, en el mismo acto del Juicio, toma contacto con la prueba ilícita, se le habrá privado de la posibilidad de que el Juez o Tribunal albergue una duda razonable acerca de su culpabilidad y, por tanto, habrá quedado desplazado el principio *in dubio pro reo*. A ello se añade que el acusado que conoce en sentencia la nulidad de la prueba, no ha podido defenderse convenientemente de la investigación paralela utilizada para la condena”.

b) *Efecto de la aplicación del art. 11.1 LOPJ*

En España, aun cuando en términos nominales se hable de «inadmisibilidad de la prueba», tal expresión no es usada con el estricto contenido que se le atribuye en Italia, esto es, como expresión referida al aspecto objetivo del procedimiento probatorio; sino que se entiende referida al aspecto subjetivo relativo a la valoración de la prueba. Tanto es así que VESCOVI define «inadmisibilidad» como un juicio relativo a la licitud o ilicitud de la prueba, que se puede realizar en diferentes momentos: “significa considerar (evaluar), en la prueba, su adecuación extrínseca con la regla de derecho para saber si su obtención se ha hecho o no conforme a ella. Y en caso de que no lo sea rechazarla, de acuerdo a los diversos ritos procesales, ya sea excluyéndola materialmente de los autos, o dejarla de lado entre los elementos que el Juez considera al sentenciar”⁴²², pero en ambos casos ya en la fase de valoración. Estas son precisamente las dos opciones que se barajan para concretar el contenido del efecto de la regla del art. 11.1 LOPJ.

Sin perjuicio de haber ya adelantado algunos de los inconvenientes de resolver la cuestión de la prueba ilícita en la sentencia –junto al fondo–; lo cierto es que, en ocasiones, hasta que la prueba no se practica, no se es consciente de dicha vulneración. La hipótesis de trabajo es la

supuestas pruebas nulas para, fundada en ella, afirmar como probada la participación como cooperador necesario (al menos) en la posesión para la venta por un tercero de parte de la cocaína”.

⁴²¹ Cabe en todo caso hacer presente que la retroacción de la causa no se encuentra satisfactoriamente resuelta en España, ya que por una parte no se prevé que a causa sea conocida por un tribunal compuesto por miembros no inhabilitados, por lo que pierde todo sentido el fin subyacente de la regla de exclusión, porque volvería a conocer el mismo tribunal ya contaminado con el contacto con el elemento prohibido. En segundo lugar, si la cuestión se corrigiese en este sentido, ocurre que la retroacción debe necesariamente proceder en los términos solicitados por el recurrente, ya que un nuevo tribunal debe presenciar directamente la prueba no contaminada que se rinda en respeto del principio de inmediación.

⁴²²VESCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2, 1970, p. 365.

siguiente: “que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la práctica de la prueba en la fase de juicio oral”⁴²³. El segundo caso sólo se planteará obviamente para quienes propendan por una consideración extensiva de «infracción», esto es, para aquellos que interpreten la expresión «prueba obtenida» en sentido material y procesal en virtud de una interpretación también extensiva de derechos fundamentales, es decir, comprensiva de aquellos de carácter procesal del art. 24 CE (supuesto de ilicitud intraprosesal en sentido estricto) de que se tratará en el capítulo siguiente.

Si bien en ambos casos se entiende que la prueba no debe ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia, se discute en cuanto al modo en que debe expresarse dicha «no utilización». En otras palabras, una vez verificada la hipótesis de ilicitud, la discusión recae en el modo en que debe operar tal declaración, esto es, si debe procederse inmediatamente con su exclusión o si conviene esperar a la práctica de todos los medios de prueba para poder realizar una evaluación completa y una valoración ponderada en el texto de la sentencia⁴²⁴.

El debate nuevamente discurre sobre el efecto psicológico que la prueba ilícita puede desplegar en la consciencia del juzgador, en modo que pueda efectivamente sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del material probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción⁴²⁵.

- i. Posición mayoritaria partidaria de la resolución del asunto en la sentencia: no valoración

Una posición doctrinal mayoritaria es partidaria de dejar la resolución del asunto para el momento de la dictación de la sentencia, afirmando que el influjo psicológico de la prueba ilícita constituye un riesgo insoslayable, que es en todo caso controlable por las partes en virtud de la motivación de la sentencia misma. Desde la doctrina se indica que, la «prohibición de valoración» así concebida implica que los resultados probatorios obtenidos devienen en irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, para tener la consideración *de prueba de cargo suficiente* para destruir la presunción de inocencia⁴²⁶.

Esta es la solución preferida también por la jurisprudencia, “entre otras muchas, la STS 686/2013, de 29 de julio, declara que, dada la estructura y fines del extraordinario recurso de casación, el TS debe limitarse a verificar que existió y se practicó prueba de cargo en la instancia (prueba existente) y que ésta se obtuvo y aportó al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita). Por su parte, la STS 661/2013, de 15

⁴²³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 101.

⁴²⁴ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 135.

⁴²⁵MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 110; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 119.

⁴²⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 102.

de julio, enumera entre los supuestos de lesión de la presunción de inocencia aquel en el que se sustancia condena “con la base de unas pruebas no válidas, es decir, ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales”. En similares términos, la más reciente STS 166/2014, de 28 de febrero, declara que el control casacional del respeto a la presunción de inocencia “exige como primer paso depurar el cuadro probatorio para expulsar de él la prueba ilícita por violar derechos fundamentales”. Si a lo anteriormente expuesto añadimos que el propio TC ha declarado vulnerada la presunción de inocencia cuando no existen pruebas de cargo válidas, esto es, cuando los órganos judiciales han valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales (*vid. ad exemplum*, la STC 109/2009, de 11 de mayo), sin efectuar mayores precisiones, no nos resulta extraño que exista confusión y debate en cuanto al correcto encaje constitucional de la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida⁴²⁷.

A tal confusión, por lo demás, también contribuye un nuevo matiz añadido por el TS en sentencia 513/2015⁴²⁸ al distinguir analíticamente cinco vertientes por las que el contenido del derecho a la presunción de inocencia se vería afectado (que se encontrarían entrelazadas y conectadas entre ellas), a saber, cuando se condena: a) sin suficientes pruebas de cargo; b) con la base de pruebas ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; c) con la base de pruebas practicadas sin las imprescindibles garantías; d) sin motivar la convicción probatoria; o e) mediante una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Como se aprecia a simple vista, dentro de la denominada «prueba de cargo válida» o «análisis de la validez de la prueba» el TS ha introducido la distinción entre prueba ilícita, entendiéndose obtenida vulnerando otros derechos fundamentales, y prueba practicada sin garantías, olvidando que el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías constituye un derecho fundamental en sí mismo que al haber sido afectado debiese considerarse integrante del concepto de prueba ilícita. Nuevamente aquí cobra relevancia la decisión que se adopte en torno al carácter del derecho fundamental afectado –procesal o sustancial– al que hace referencia el art. 11.1 LOPJ.

ii. Posición minoritaria y expulsión del material ilícito

Una posición minoritaria, en cambio, es del parecer que “la fuerza de persuasión de un determinado elemento probatorio puede «sobrevalorarse» por la incidencia de otra prueba que haya sido obtenida ilícitamente, sin que dicho influjo pueda constatarse mediante el control del razonamiento probatorio plasmado en la sentencia”⁴²⁹. De ahí que un sector de esta posición considere que, para evitar toda contaminación del órgano judicial, sea imprescindible apartar

⁴²⁷CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 32 s.

⁴²⁸ STS 513/2015, Sec. 1ª, de 9 de septiembre de 2015, ponente Antonio del Moral García, f.j. 1º.

⁴²⁹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 110.

del proceso al juez o a los miembros del jurado que han tenido contacto con la prueba ilícita, a través de su abstención o recusación por las partes⁴³⁰.

Para CAMPANER MUÑOZ, “la solución, de nuevo, *de lege ferenda*, pasaría por decretar la nulidad, así como la expulsión física del material contaminado, ordenándose la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la formulación de conclusiones provisionales. Para el caso de que, de nuevo, se abriera juicio oral, éste debería celebrarse ante un Juez o Tribunal distinto al que declaró la nulidad”⁴³¹. En efecto, en el marco propio del título de su monografía explica que, por una parte, “aguardar al momento del dictado de la sentencia para resolver sobre la ilicitud probatoria es lo que provoca confesiones y fomenta un auge de los acuerdos de conformidad por puro pragmatismo, ante la incertidumbre acerca de la respuesta que va a ofrecer el Tribunal sobre si el acervo probatorio de cargo fue obtenido con violación de derechos fundamentales y, en su caso, hasta donde extiende sus efectos la nulidad que se pueda decretar”; y por otra, que “es la fortuna que corra la solicitud de que opere la regla de exclusión (y su alcance) determina totalmente el comportamiento procesal del acusado”⁴³².

Sin embargo, tal como explica GONZÁLEZ GARCÍA, si bien el modo de conseguir que una prueba conocida y apreciada por el juez no sea tenida en cuenta en el proceso interno de formación de su convicción sobre los hechos punibles “sólo sería posible por medio de la aplicación de una regla de abstención o de recusación del juez”, debe tenerse presente que la misma, además de inexistente en el derecho español, podría ser de muy compleja articulación orgánica y de un costo de tiempo y económico posiblemente no asumible por la administración de justicia”⁴³³.

c) Régimen procesal en caso de inaplicación del art. 11.1 LOPJ

Como indica MIRANDA ESTRAMPES, “para el caso en que el juzgador hubiere infringido esta prohibición formando su convicción sobre la base de una prueba obtenida ilícitamente, la sentencia de condena que dicte podrá combatirse mediante los recursos legalmente establecidos. Entre estos, podrá acudir al recurso de casación ante la Sala 2ª del TS, por la vía

⁴³⁰MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 112, sin perjuicio de reconocer la necesidad de una reforma urgente en este sentido ya que la aplicación analógica de la causa de recusación y abstención del art. 219.10 LOPJ parece excesivamente forzada; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 131; ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 42; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*, op. cit. (n. 82), p. 160 s.; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*, op. cit. (n. 113), p. 41. Otros autores citados en esta dirección son: Sentís Melendo, *La prueba en el proceso*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, N° 2-3, p. 438 y Pastor Borgoñón, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en *Justicia*, N° 2, 1986, p. 337 ss.

⁴³¹CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 210 s.

⁴³²CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 217.

⁴³³GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, *El proceso penal español y la prueba ilícita*, op. cit. (n. 111), p. 19.

del art. 5.4 LOPJ, y al denominado recurso de amparo ante el TC, en ambos casos por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2), por cuanto la misma exige que la prueba de cargo se haya practicado con todas las garantías”⁴³⁴. Dado que el régimen excepcional de impugnación en amparo ya ha sido comentado con ocasión de la STC 114/1984, corresponde revisar brevemente el funcionamiento del recurso de casación.

En cuanto a la causal alegada, cobra especial relevancia la naturaleza jurídica que se reconozca a la garantía del art. 11. LOPJ. En este sentido LÓPEZ-BARAJAS anota que: “La cuestión tiene importancia práctica, pues, tratándose la infracción de la presunción de inocencia de un vicio *in iudicando*, el restablecimiento del derecho fundamental lo efectuará el propio TC mediante la anulación de la Sentencia de instancia y absolución en el fondo. Pero, en el segundo caso, se produce un vicio *in procedendo*, por lo que dicho restablecimiento ocasionará la nulidad de la prueba y del juicio oral y la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal realice una nueva valoración probatoria. Conviene precisar que en este último punto la jurisprudencia no ha sido uniforme”⁴³⁵.

En efecto, en su postura, ASENCIO MELLADO, tiene presente la diversa regulación contemplada en la LEC en los arts. 469 y 477. Mientras el art. 469 (recurso de infracción procesal) canaliza las denuncias por violación del art. 24 CE (en que se comprende tanto el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías); el art. 477 (recurso de casación) prevé el modo de ventilar las violaciones de los demás derechos fundamentales, esto es, los materiales. El tratamiento procesal de ambas disposiciones es diverso: en el caso de apreciarse una infracción procesal (art. 24 CE), la sentencia que lo declare debe retrotraer las actuaciones; mientras que en el segundo, procede la dictación de nueva sentencia.

ASENCIO MELLADO indica expresamente que es por tales razones, que ha sostenido la necesidad de fundamentar la prueba ilícita en los derechos materiales exclusivamente y fundamentarla en el propio derecho vulnerado, con un régimen propio, no identificado con ninguno de los derechos contemplados en el art. 24 CE, porque esa identificación no conduce a resultados satisfactorios. En modo alguno asigna un fundamento procesal al derecho a excluir las pruebas ilícitas, sino material, como el mismo derecho violado. El mismo derecho, su eficacia, impone la exclusión de toda prueba obtenida con infracción de sus elementos esenciales. Entendiendo que, sobre esa base, el legislador podría desarrollar el régimen jurídico de la prueba ilícita atendiendo a su propia naturaleza, sin acudir a mecanismos ajenos que, en

⁴³⁴MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 102. Para ello la jurisprudencia viene exigiendo que el Tribunal sentenciador recoja en el «*factum*» tanto el contenido de la prueba como las circunstancias de su práctica, en modo que el Tribunal pueda revisar el acierto o desacierto de la decisión por razones de ilicitud o nulidad. En este sentido: STS, 19 julio 1993 (R.Ar. 6149), f. j. 2º; 11 octubre 1994 (R.Ar. 8170), f. j. 1º.

⁴³⁵LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “*La eficacia refleja de la prueba prohibida*”, op. cit. (n. 338), p. 11.

cualquier caso, siempre plantean inconvenientes⁴³⁶. En efecto, ha sido precisamente el art. 469.2 LEC el cauce utilizado para interponer el correspondiente recurso de casación.

En este contexto, y recordando que una solución alternativa que hiciera plausible la alegación de la ilicitud dentro de las cuestiones previas, por aplicación supletoria del art. 287 LEC, resulta interesante invocar la STS 278/2011⁴³⁷, y la STS 28 octubre 2010, que efectuando una interpretación conjunta del art. 287 y el art. 469.2 LEC, han estimado que para efectos del eventual recurso de casación, éste debe ser preparado a través de la traba de este incidente, no bastando la oposición general en la contestación de la demanda. Ello por cuanto *ex art.* 469.2 LEC solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del art. 24 CE se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia, incluso cuando la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable. Así se concluye la existencia de una carga procesal para la parte que formula reclamo de prueba ilícita de acreditar dicha ilicitud, obligándola a ponerlo de manifiesto inmediatamente después de su admisión, y a recurrir en reposición contra la decisión que resuelva el incidente, el incumplimiento de este requisito ha de valorarse a los efectos del art. 469.2 LEC como un presupuesto de inviabilidad del recurso por infracción procesal.

Que la admisibilidad del respectivo recurso de casación se haga depender de la preparación de parte y que su gravedad no autorice el actuar judicial de oficio resulta del todo criticable.

De reciente, el ATS 7744/2014⁴³⁸, efectúa una breve síntesis jurisprudencial sobre la denominada «preparación del recurso», indicando que: “Es doctrina reiterada del TC que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones constituye «el remedio procesal idóneo» para obtener la reparación de la vulneración de derechos fundamentales. En tales casos, antes de acudir en amparo, debe solicitarse en la vía ordinaria el referido incidente de nulidad «sin cuyo requisito la demanda de amparo devendrá inadmisibile, conforme a los arts. 44.1 a) y 50.1 a) LOTC, por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial»”. La citada sentencia, en todo caso, también se refiere al mayor protagonismo que han de asumir los jueces y tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales, que ha sido reforzado en virtud de la nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones prevista en la LO 6/2007, por lo que al parecer no es posible definir una tendencia jurisprudencial unívoca al respecto. Desde otra perspectiva, siempre en este tema, otro punto de inflexión será el carácter personal o no de la «preparación del recurso» y en materia de habilitación para la interposición del respectivo incidente según la titularidad o no del derecho lesionado⁴³⁹.

⁴³⁶ASENCIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, *op. cit.* (n. 336), p. 6 a 8.

⁴³⁷ STS 278/2011, Civil, Sec. 1ª, de 28 de abril de 2011, ponente Encarnación Roca Trias, cuyo f.j. 4º.

⁴³⁸ ATS 7744/2014, Sec. 1ª, de 29 de septiembre de 2014, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 1. También: SSTC 228/2001, de 26 de noviembre; 74/2003, de 23 de abril; 237/2006, de 17 de julio; y 126/2011, de 18 de julio.

⁴³⁹ Cfr. STS 286/2011, Sec. 1ª, de 15 de abril de 2011, ponente Luciano Varela Castro, cuyo f.j. 3º no sólo extiende la estimación del motivo esgrimido por una acusada a la otra que no había recurrido por el mismo, sino

Finalmente en lo que respecta a los resultados del recurso de casación, las interrogantes son bastante similares a las expresadas con ocasión del sistema italiano. Así, DEL MORAL GARCÍA⁴⁴⁰ explica que declarada la ilicitud de una prueba en casación, de no existir otra prueba el TS podría proceder derechamente a la absolución del imputado. Sin embargo, cuando existiesen otras pruebas debiese reenviar la causa al tribunal de origen a efectos de que proceda a dictar nueva sentencia sin valorar la prueba indebidamente admitida, detectándose el inconveniente de que el asunto sea resuelto por el mismo tribunal ya contaminado en virtud del contacto con dicha prueba. Este extremo abre el debate en torno a la conveniencia de que el reenvío se efectúe a fin de que se celebre un nuevo juicio ante un tribunal diferente (no inhabilitado), con la exclusión de la prueba declarada ilícita.

Ahora bien, tal como sucede en Italia, también se plantea una suerte de «prueba de resistencia de la sentencia», estimándose que en caso que el tribunal *ad quem* aprecie que la declaración de ilicitud no modifica lo resuelto en definitiva, entonces corresponda rechazar el recurso; viceversa, en todo caso, si el tribunal *a quo* ha argumentado la ilicitud de una prueba y no obstante ello el TS aprecia que la misma sí ha influido en el razonamiento, sería procedente la estimación del recurso. Luego, en lo que respecta a la declaración del efecto reflejo, también existe controversia en orden a que el TS pueda efectuar dicho examen, estimándose que la apreciación de dicha circunstancia debe quedar entregada al tribunal de instancia. Este extremo se une a una importante carencia del recurso de casación en lo que a materia de prueba respecta, y es que el mismo no tiene competencia para conocer los aspectos fácticos de la valoración de la prueba, salvo la hipótesis contemplada en el art. 849.2 LECrim, y que únicamente puede basarse en un error que conste en documentos que obren en autos.

5. Efecto reflejo y prueba derivada

que además implícitamente reconoce suficiente que su «preparación» en juicio oral haya sido operada por la acusada no recurrente; voto particular de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ en STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, f.j. 6º: “Es por lo que entiendo que los recursos de Consuelo y el de Guillerma deberían haber sido estimados, extendiendo los efectos de esta estimación en aplicación del art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al otro condenado no recurrente Claudio”. En el mismo sentido, *vid.* STS 223/2011, Sec. 1ª, de 31 de marzo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 1º N° 3, que –citando el Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala penal de fecha 26 de mayo 2009, asumido también en STS 1138/2010, de 16 de diciembre– señala que: “De cualquier forma, la postura del primer recurrente bastaría para eliminar la objeción del Ministerio Fiscal, y compartir las conclusiones de la sala de instancia, respecto de que todas las pruebas propuestas y practicadas en este proceso (...)”; y N° 4: “Y tampoco cabe decir que las defensas actuaron deslealmente en ese cuestionamiento. No solamente porque, al menos una de ellas, formalizó la impugnación temporáneamente”. Sin embargo, la citada sentencia se pronuncia diversamente respecto del imputado no recurrente no haciéndole extensivos los efectos de la declaración de ilicitud de la fuente de prueba ni de la conexión de antijuricidad con el restante material probatorio, véase f.j. 1º parte final “El citado motivo se estima en relación con todos los penados recurrentes”. Con todo, cfr. STS 564/2011, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2011, ponente Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º, N° 2: “De la lectura de la sentencia impugnada se deduce que el motivo no fue alegado en la instancia, presentándose en esta alzada casacional *per saltum*. No obstante, tratándose de la invocación de un derecho fundamental pasamos a analizarlo, según doctrina de esta Sala (cfr. STS -2ª- 94/06, de 10 febrero)”.

⁴⁴⁰DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, op. cit. (n. 10), p. 152 a 154.

a) *Sobre el reconocimiento del efecto reflejo*

Como se ha señalado, la citada STC 114/1984 no realiza ninguna formulación en orden a la «doctrina de los frutos del árbol envenenado»⁴⁴¹. Según CAMPANER MUÑOZ, dicho instituto recién fue reconocido por la STC 85/1994, cuando el TC declaró sin efecto toda prueba que tenga «derivación inmediata de la prueba inconstitucional» así como de «todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas», las que no debieron ser «objeto de valoración probatoria»⁴⁴².

Es curioso cómo es que el Magistrado MARTÍ SÁNCHEZ, en el año 1998, advertía cierta unanimidad en la jurisprudencia en orden al reconocimiento de la consagración del efecto reflejo en la expresión «indirectamente», y cómo es que –por el contrario– denunciaba una situación completamente diversa por parte de la doctrina⁴⁴³. En efecto, a la fecha, la doctrina aún se encuentra dividida con una inclinación tendencialmente mayoritaria que –reuniendo un importante sector de la doctrina– aprecia en la expresión «indirectamente» contenida en el art. 11.1 LOPJ el reconocimiento y admisión de los efectos reflejos de las pruebas obtenidas ilícitamente y la recepción en el ordenamiento español de la doctrina norteamericana de los «frutos del árbol envenenado»⁴⁴⁴.

En este sentido, las opiniones favorables sólo distan respecto de la prescindencia o no de dicha disposición para su reconocimiento: mientras que para MARTÍNEZ GARCÍA la

⁴⁴¹ Idéntica constatación se señala en DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 71; CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 45.

⁴⁴² CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 46.

⁴⁴³ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 151. En efecto, en contra de un tal reconocimiento, *vid.* STS de 17 junio 1991 (Ar. 5176) y STS de 23 enero 1995 (Ar. 157); reconociéndolo, en cambio, véase SSTS 29 de marzo de 1990; de 18 de junio 1992; STS 448/1997, de 4 de marzo; SSTS de 14, 18 y 23 de abril de 1997; STS de 29 de septiembre de 1995.

⁴⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, op. cit. (n. 61), p. 59, donde la denomina prueba indirecta o derivada, como sinónimos; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 113 ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit. (n. 111), p. 187-211, p. 14; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 56 s.; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 70 s.; MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 151 s.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, op. cit. (n. 82), p. 170 ss.; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, op. cit. (n. 10), p. 141 ss.; BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia, “La prueba ilícita y sus efectos”, op. cit. (n. 183), p. 424 s.; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “La prueba ilícita”, op. cit. (n. 134), p. 369 s.; CEDEÑO HERNÁN, Marina, “Algunas cuestiones suscitadas en torno a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 205 s.; MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, op. cit. (n. 119), p. 1042; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de futuro”, op. cit. (n. 87), p. 446; ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 87 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 147 s.

consagración de dicha garantía secundaria constituye la función más importante del art. 11.1 LOPJ, por cuanto sin dicha norma no cabría predicar la expulsión de esta clase de prueba⁴⁴⁵; MIRANDA ESTRAMPES, en cambio, considera, que aún a falta de dicha expresión, la conclusión debiese ser la misma, ya que “el reconocimiento de efectos reflejos es una consecuencia lógica y necesaria que viene impuesta por la propia «inutilizabilidad» de las pruebas ilícitas (...) Lo contrario sería reconocer una mera ineficacia formal a la prueba ilícita, sin trascendencia en la práctica”⁴⁴⁶.

La posición minoritaria, por su parte, entre cuyos principales detractores se ubica PASTOR BORGOÑÓN y PICÓ I JUNOY, defiende la circunscripción de la regla de exclusión única y exclusivamente a las pruebas directas, no abarcando, pues, las reflejas. En síntesis, según CAMPANER MUÑOZ, sus argumentos son: 1º) que la doctrina de los frutos del árbol envenenado implica excesivos obstáculos para la averiguación de la verdad y el derecho a la prueba, ya que siendo actos realizados conforme a la ley, aunque hayan estado motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta inconstitucional, no suponen una vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental; 2º) el hecho de que con su reconocimiento se puede provocar la anulación de muchos actos de investigación, produciendo una intolerable desprotección social; 3º) que, además, por su intermedio se fomentarían actuaciones fraudulentas por parte del sujeto investigado, quien podría provocar actuaciones ilícitas con el fin de conseguir su inmunidad; y 4º) que la vía sancionadora penal, civil o administrativa constituirían suficiente vía de defensa de los derechos fundamentales⁴⁴⁷. Tales argumentos coinciden en buena medida con aquellos formulados en el marco italiano contra el efecto reflejo y contra la prueba ilícita en sentido técnico en particular, y dado que los contra argumentos también son formulados en modo similar, nos remitimos a ellos, restando por profundizar únicamente el primero.

⁴⁴⁵MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 53 s. “De hecho si no existiera el art. 11.1 LOPJ, esa información obtenida podría igualmente entrar en el proceso pues, intrínsecamente, las pruebas derivadas son lícitas si no fuera porque su conocimiento ha surgido directamente de un ilícito constitucional”, sin perjuicio de agregar que en su ausencia, “sería la presunción de inocencia quien en todo caso, haría recomendable su inadmisibilidad e imposibilidad de constituirse en prueba de cargo suficiente, porque el material probatorio obtenido en tales condiciones no debe alzar la presunción de inocencia”.

⁴⁴⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 116; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 71; CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 54, más allá del tenor literal del art. 11.1 LOPJ señala que debe tenerse en consideración la finalidad de la regla objeto de comentario, y en mérito a ello “hubiera resultado quizás incluso superfluo y redundante cualquier alusión a *the fruit of the poisonous tree doctrine*”. Igual conclusión parece advertirse en GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 60, “el reconocimiento del efecto reflejo no obedece, pues, a ninguna concesión «supergarantista», sino que es tan sólo una consecuencia más de la especial posición que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y de la consiguiente necesidad de garantizar contundentemente su eficacia”. En jurisprudencia: STC 85/1994, f. j. 3º y 4º; STC 86/1995, f. j. 3º; STC 49/1996, f. j. 2º; STS 4 de julio de 1997, f. j. 2º.

⁴⁴⁷CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 46 s.

Según PICÓ I JUNOY, el efecto reflejo constituye un límite a la eficacia y virtualidad del derecho a la prueba (consagrado en el art. 24.2 CE), toda vez que el mismo se predica respecto de una prueba en sí legítima pero en dependencia de una prueba ilícita. Como consecuencia de su legitimidad intrínseca y por el hecho de afectar, a su vez, al núcleo del derecho fundamental a la prueba, el citado autor entiende que el TC deba necesariamente operar una lectura restrictiva del instituto, y consecuentemente con ello, negar que el art. 11.1 LOPJ suponga la consagración legal de efectos reflejos de la prueba ilícita. De ahí que este autor, como explica CAMPANER MUÑOZ, “halle el verdadero alcance anulatorio de la prueba ilícita y, con él, de ciertos efectos reflejos de la misma no en el artículo 11.1 LOPJ, sino en el art. 242 del mismo cuerpo legal (en su redacción vigente a la fecha de publicación del artículo doctrinal, anterior a la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre), actual artículo 243 LOPJ, que declara inválidos los actos que se deriven y sean dependientes de otros declarados nulos”⁴⁴⁸. Es trascendental detenerse y retener este extremo, puesto que se relaciona íntimamente con el equivocado concepto de «efecto reflejo» (prueba refleja) que se maneja en España, confundiéndosele con el de «inutilizabilidad derivada» (prueba derivada). Como se verá, paradójicamente este extremo le es privado al tratamiento de la prueba irregular sometida al régimen de nulidad del art. 238 y ss. LOPJ, en circunstancias que, como se advierte, es una cuestión propia e intrínseca de esta clase de invalidez en sí misma.

En este sentido, surge que PICÓ I JUNOY, que generalmente viene citado como detractor del reconocimiento del efecto reflejo de la prueba ilícita, no lo sea en realidad, ya que acaba por reconocer «ciertos efectos reflejos», que en realidad es propiamente el mismo en que se hace consistir la «prueba derivada» en España («el» [único] efecto reflejo) condicionándolo a la existencia de ciertos requisitos. El primero, coincide con cuanto prescrito en el art. 242 LOPJ, es decir, con una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud en la obtención de la prueba y el resultado logrado merced a dicha ilicitud; y el segundo, coincidente con la denominada excepción de fuente probablemente independiente (también contenida en cierto modo en la citada disposición), es decir, en virtud de la concurrencia del requisito negativo consistente en la imposibilidad de su obtención por otros medios legales⁴⁴⁹, con lo que en definitiva alude a una interpretación restrictiva de la noción de «dependencia» del acto lícito respecto del ilícito.

⁴⁴⁸CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 52 s. Con todo no compartimos la crítica formulada por este último en orden a negar que nos encontremos frente al contenido esencial del derecho a la prueba, debido a que los actos de investigación/fuentes de prueba del que se pretende predicar el efecto reflejo no lo sean. Si bien la constatación sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba es correcta, no puede estimarse suficiente para predicar la exclusión de la facultad de proposición y admisión de pruebas como parte integrante del derecho a la prueba y del procedimiento probatorio. Una tal consideración, por lo demás se pone en contradicción con cuanto postulado por CAMPANER en orden a concebir la regla de exclusión, primeramente, como una regla de inadmisión. A nuestro juicio, la nota correctora que habría de introducirse en el planteamiento de PICÓ I JUNOY es la consideración de que el ejercicio del derecho a la prueba supone estar en presencia de material lícitamente obtenido, como cuestión previa o como supuesto necesario para su ejercicio.

⁴⁴⁹PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, op. cit. (n. 244), p. 1875.

MIRANDA ESTRAMPES, partidario del aludido reconocimiento, en cambio, identifica la consagración del efecto reflejo en la expresión «indirectamente», y acota debidamente el ámbito de aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado señalando que, en su opinión: “la prohibición de valoración (sin perjuicio de recordar que el autor en el fondo es partidario del reconocimiento de una prohibición de admisión) debe alcanzar *no sólo a la prueba obtenida ilícitamente* sino también a todas aquellas pruebas que aun obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera”, indicando que: “la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal”⁴⁵⁰.

Infinitamente más clara es la síntesis de DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES al sostener que es consecuencia obligada que: “de existir una prueba ilícita, no puede producir efecto alguno, directa o indirectamente, aunque la jurisprudencia más reciente del TC esté estableciendo ya ciertas excepciones”⁴⁵¹. Sin embargo, a pesar de la luminosidad del enunciado, en base al mismo dan como ejemplo un caso que –como se verá– no tiene que ver con el supuesto de prueba refleja sino que con el principio de no sustitución débil de prueba tal como el mismo es concebido por la doctrina italiana (de inutilizabilidad derivada): “una cosa es, por ejemplo, la entrada en el domicilio sin mandamiento y otra muy distinta la deposición que hace el policía que lo practicó en el juicio”.

b) *Premisas de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad»*

La llamada excepción de «conexión causal» basada en la excepción norteamericana de la «prueba jurídicamente independiente», no constituye propiamente una excepción sino que una precisión del contenido de la regla de exclusión. El problema es que en algunos casos, la estimación que la jurisprudencia española hace de la excepción de «conexión causal» obedece a una aplicación excesivamente restrictiva de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, motivada principalmente por razones de defensa social⁴⁵².

En este contexto, se ubica el estudio de la denominada «teoría de la conexión de antijuridicidad», consagrada en la STC 81/1998. Según la doctrina, de acuerdo a dicha teoría “para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesario además la existencia de una «conexión de antijuridicidad», cuya apreciación dependerá –desde

⁴⁵⁰MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 113.

⁴⁵¹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 20.

⁴⁵²MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 122 s. De hecho, DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 133 señalan que: “sólo en dos de las sentencias del TC en que se aplica la teoría de la conexión de antijuridicidad se ha excluido la prueba, SSTC 50/2000 y 299/2000”.

una perspectiva interna— de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado (es decir, de la relevancia, desde el punto de vista de la causalidad, entre la vulneración del derecho fundamental y los efectos que conlleva directa e indirectamente) y, —desde una perspectiva externa— del examen de las necesidades esenciales de tutela del propio derecho fundamental afectado por la ilicitud. En lo que concierne a la perspectiva externa, en su f.j. 6º agrega que deberá analizarse la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida.

Desde este último extremo, la doctrina ha advertido un cambio de enfoque del TC en orden a introducir las necesidades de disuasión como elemento determinante para la verificación del efecto reflejo, por encima de su papel como garante del disfrute de derechos, creando un parámetro basado en el error y por ende, también en la admisión de la excepción de *buena fe*. La relevancia de esta mutación radica en el hecho de que la citada doctrina ya no sólo encuentra aplicación para negar eficacia refleja a la prueba derivada, sino que ha sido invocada, en determinados casos, para cuestionar la propia aplicación de la regla de exclusión en hipótesis de prueba originalmente ilícita⁴⁵³. Tanto es así que ASECIO MELLADO ha señalado que: “La teoría, bin entendida y a la vista de sus efectos, consiste en un instrumento cuya virtualidad es la de restringir o incluso hacer desaparecer los efectos anulatorios de una prueba ilícita, ya que, mediante los mecanismos que incorpora se consigue dar validez mediata y eficacia a una prueba previamente anulada”⁴⁵⁴.

La situación resulta preocupante de cara a las consecuencias que la misma pueda provocar a futuro, sobre todo si se tiene presente que suele buscarse como justificación el hecho de que la construcción de esta doctrina se encuentre en armonía con la evolución que la cuestión ha experimentado en el derecho comparado⁴⁵⁵. Sin embargo, no puede perderse de

⁴⁵³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 130 s. Manifestación clara de las consecuencias de este enfoque se advierten en STC 49/1999, f.j. 12º del voto de mayoría y en el voto particular formulado por el Presidente del TC, sr. Cruz Villalón. Sobre esta sentencia véanse las observaciones críticas de RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “*El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril*”, op. cit. (n. 83), p. 315-340. En el análisis de la autora destaca apreciar el hecho de que aquello que ofrece el TC sea “una justificación de la constitucionalidad de la intervención pre-procesal de comunicaciones en función de su resultado: allí donde éste sea positivo y conduzca a la apertura de un proceso su constitucionalidad está salvada, mientras que no lo estará donde su resultado sea negativo”, en circunstancias que “la constitucionalidad de las mencionadas intervenciones debe analizarse en sí misma y por sus propios méritos, con independencia de los resultados que con ellas se obtengan en un caso determinado”, p. 325.

⁴⁵⁴ASECIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 85.

⁴⁵⁵STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º: “La valoración de esta doctrina matizada -se dice en la sentencia 511/2015, de 21-7, exige efectuar un excursus de derecho comparado, como ya hemos efectuado en otras sentencias de esta Sala para constatar si en el espacio europeo, en el que necesariamente nos movemos, la regla de la eficacia indirecta de la exclusión probatoria de la prueba ilícita se aplica de una forma rígida o extensiva o más bien matizada, conforme a la doctrina de nuestro TC. Pues bien, sin necesidad de una profundización doctrinal que haría excesivamente prolija esta resolución, y reproduciendo lo ya expuesto en sentencias anteriores de esta Sala, es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro TC. Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32), el denominado «efecto-a-distancia», o efecto

vista el hecho que –para la construcción de la doctrina de «conexión de antijuridicidad»– el TC trabaja sobre la base de ciertas premisas, cada una criticable desde distintos frentes y que se apuntan a continuación, y que adicionalmente introducen un nuevo grado de flexibilidad que abre la puerta a otro tipo de incertezas.

i. Nueva naturaleza jurídica de la garantía del art. 11.1 LOPJ

Según el TC: “para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional (...) vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales”. Según la doctrina, ello implica que el TC ha atribuido la ubicación de la garantía de inadmisión dentro del ámbito del derecho fundamental sustantivo originalmente violado como una mera prolongación del mismo. En efecto, la STC 81/1998 inicia señalando que el derecho fundamental cuya violación debe ser analizada por la jurisdicción ordinaria, debe ser de carácter material, para luego señalar en la parte final de su f.j. 4º que: “sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, f.j. 8º)”.

reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc. En Italia, donde la regla de la «inutilizzabilità» de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 c.p.p. de 1988, la polémica figura de la «inutilizzabilità derivata» se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009. Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el «principio de lealtad en la aportación de la prueba», en la alemana, en la que se aplica la «teoría de la ponderación de intereses» por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada («fernwirkung des Beweisverbots»), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del c.p.p., pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio TS norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina («fruits of the poisonous tree»), es indudable que resoluciones como *Hudson vs. Michigan*, o *Herring vs. United States*, han atenuado mucho los efectos de la «exclusionary rule». Aun sin compartir, obviamente, esta regresión últimamente citada, es claro que la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del TC a través de la teoría de la conexión de antijuridicidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno”. Esta referencia al derecho comparado, también es reiterada en STS 300/2016, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar; STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 10º y 11º; STS 454/2015, Sec. 1ª, de 10 de julio de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º; STS 499/2014, Sec. 1ª, de 17 de junio de 2014, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º, parte final.

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, “el núcleo del razonamiento del TC descansa en el concepto de independencia jurídica de las pruebas reflejas respecto de la lesión del derecho fundamental sustantivo”, independencia que por lo demás ya vendría supuesta en la propia etimología de la expresión «pruebas indirectas». De este modo, la afirmación del TC en orden a que sea precisamente esa falta de conexión directa, la que permita considerarlas en sí mismas constitucionalmente legítimas debe ponerse en discusión⁴⁵⁶.

Como explica CAMPANER MUÑOZ, a la luz de la STC 66/2009, de 9 de marzo, f.j. 6º, sin perjuicio de que el TC reconozca una patente relación de causalidad entre la prueba ilícita y la refleja (en términos naturales), apoya su pretendida independencia jurídica en su consideración aislada como plenamente legítima desde una perspectiva constitucional, al haberse producido sin vulneración de derecho fundamental alguno. “El razonamiento carece de sentido: exigir tal vulneración para que la nulidad extienda sus efectos a la prueba derivada de la ilícita nos situará en la órbita de una nueva prueba ilícita, es decir, dejaríamos de estar ante una prueba derivada”⁴⁵⁷.

Como segundo reproche, los citados autores señalan que la interpretación del TC reduce el análisis de la lesión a la existencia de un derecho fundamental sustantivo violado, olvidando distinguir entre fuentes de prueba y medios de prueba. A su juicio, cuando el TC le niega su naturaleza de garantía constitucional procesal y la convierte en un «mero apéndice rituario» al servicio de los derechos fundamentales sustantivos, procede con la degradación imprescindible para poder formular algún tipo de excepción al estilo norteamericano⁴⁵⁸. A pesar de incurrir en una imprecisión al momento de ejemplificar la situación (confundiéndola con el principio de no sustitución débil), los citados autores pretenden explicar que “la absoluta distinción entre el acto de investigación y el medio de prueba impide afirmar que la práctica de éste suponga una nueva lesión del derecho fundamental afectado por el acto de investigación. Es contrario a la lógica jurídica pretender que, una vez consumada la lesión del derecho fundamental sustantivo, el proceso se dedique a prolongar esa lesión mediante los distintos actos que lo componen, si derivan de alguna manera de ese acto de investigación. Comenzado el proceso, lo que realmente está en juego, bajo la perspectiva constitucional, es el contenido de los derechos fundamentales procesales. Se trata de un plano jurídico distinto, al que el TC se niega a acudir una y otra vez en esta nueva línea jurisprudencial”⁴⁵⁹. Así las cosas, en tercer lugar, también critican el circunscribir el análisis de legitimidad constitucional del medio de prueba al derecho

⁴⁵⁶DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 115.

⁴⁵⁷CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 60. Sobre el punto véase además nota 534.

⁴⁵⁸DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 43.

⁴⁵⁹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 116. Una síntesis de esta crítica puede consultarse en DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 44 s. Digo que el ejemplo no es adecuado por cuanto aluden a la violación originaria del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con la declaración del policía testigo que aprendió el alijo de droga, cuya existencia conoció en virtud de la lesión del primero.

fundamental sustantivo: “la fuente de prueba de la que deriva el medio de prueba no supuso en sí misma la lesión del derecho fundamental sustantivo. Se olvida esta otra realidad: la ilegitimidad constitucional es ineludible porque existe un derecho fundamental procesal que impide la utilización de pruebas que derivan directa o indirectamente de la lesión de un derecho fundamental. En definitiva, la legitimidad constitucional de la prueba no se encuentra en el derecho fundamental sustantivo, sino en el procesal”⁴⁶⁰.

Sin embargo, esta investigación no comparte todo lo anotado críticamente por estos autores. DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, parecen reproducir lo planteado en STC 114/1984 en orden a que el derecho fundamental sustancial violado no puede ser lesionado a través de la incorporación y valoración de la prueba obtenida en su infracción original. La actuación procesal que la admita y valore no constituiría una segunda lesión sino una infracción «directa» a un derecho fundamental procesal que el TC desconocería. Sin embargo, como se indicó en la lectura propuesta de la STS 114/1984, ella no podía reconocer la derivación de la garantía de inadmisión en cada derecho fundamental sustantivo debido a que por una parte no contaba con norma expresa en el ordenamiento jurídico que consagrara la garantía en primer lugar. De ahí que hubiese debido derivarla en su carácter de garantía implícita del ordenamiento. Luego, como consecuencia de ello y en modo más determinante, la STC 114/1984 tampoco podía reconocer una lesión indirecta del derecho fundamental originalmente violado por parte del órgano jurisdiccional debido a que con ello no podía adquirir competencia para conocer del recurso de amparo.

Todo este esquema, varía con la introducción del art. 11.1 LOPJ al sistema normativo, ya que ello habilita a que el TC pueda incorporarla dentro de la estructura de cada derecho fundamental sustantivo, y consecuentemente advertir una lesión directa (y no indirecta) del mismo por parte del órgano jurisdiccional. En este sentido, el art. 11.1 LOPJ constituiría una garantía secundaria de cada derecho fundamental. El problema es que el TC, al igual que hacen estos autores desde su crítica, yerra cuando analiza el supuesto de prueba refleja en términos de prueba directa o indirectamente obtenida en lesión de un tal derecho fundamental, ya que la cuestión debe entenderse circunscrita únicamente al uso indirecto que se haga del material ilícitamente obtenido. El efecto reflejo debe analizarse desde la perspectiva de un uso indirecto y por ende, sobre la base de la expresión «no surtirán efectos», más que sobre la expresión «directa o indirectamente». En este sentido, el TC omite considerar al efecto reflejo en su real dimensión de garantía de carácter procesal.

Es este el punto problemático de la STC 81/1998 y que no es adecuadamente aprehendido por la doctrina: es decir, más que la incorporación de la garantía dentro de la estructura de un derecho fundamental sustantivo, el problema es que omite dimensionar al efecto reflejo en su carácter de garantía procesal secundaria de la garantía de inadmisión.

⁴⁶⁰DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 117.

- ii. Carácter relativo de las limitaciones a los derechos fundamentales y carácter «restringible» de la garantía de inadmisión

Como explica GONZÁLEZ GARCÍA, “a este respecto, la posición mayoritaria considera que en el elenco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución existen categorías: aquellos derechos absolutos, que no pueden ser objeto de limitación, y los derechos relativos, susceptibles de limitación o de restricción en la forma establecida en la propia Constitución. El problema estriba en determinar a cuál categoría pertenecen los derechos del art. 24 de la Constitución”. Luego, frente a la pregunta de si es o no razonable limitar el ejercicio de este derecho fundamental en aras del respeto de otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones), y viceversa, la respuesta mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia española es afirmativa. Como sintetiza el citado autor, partiendo de la dimensión de órgano público de los tribunales de justicia, se ha entendido que las injerencias de éstos en derechos fundamentales de carácter material debe producirse siempre con respeto a las propias exigencias constitucionales y al principio de proporcionalidad⁴⁶¹.

El problema es que, según GONZÁLEZ GARCÍA, «la regla de proporcionalidad es de ida y vuelta», con lo cual parece entender que los derechos fundamentales de carácter procesal también pueden ser objeto de restricciones sobre la base del principio de proporcionalidad. En efecto, señala que sería esta circunstancia la que habría llevado al TC a modular la incidencia de los efectos de ineficacia previstos en el art. 11.1 de la LOPJ en atención a las circunstancias del caso. Si bien esta solución prudencial ha sido considerada peligrosa por algunos autores, el citado autor la estima “posiblemente necesaria para mantener y salvaguardar los valores en conflicto, así como para evitar situaciones extraordinarias en las que no se admitan pruebas con resultados desproporcionados o repugnantes en consideración a la gravedad de los hechos enjuiciados”⁴⁶².

Dentro de aquella parte de la doctrina que considera riesgosa una tal modulación se encuentra DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES. Sin embargo, no son del todo claros en la identificación de la causa del peligro que encierra la doctrina de la conexión de antijuridicidad en cuanto a abrir su eventual aplicación a la prueba originariamente ilícita. Por una parte, indican que dicho peligro se debe a la reubicación de la garantía dentro de un derecho fundamental sustantivo; y por otro, al hecho de afirmar que las garantías procesales del art. 24 CE pueden ser restringidas sin explicaciones que la de que no hay derechos fundamentales absolutos, lo que en su concepto conlleva a destruir el fundamento del proceso penal moderno,

⁴⁶¹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 77 s. También reconoce que la teoría de conexión ha complicado la introducción de un juicio de ponderación entre tales intereses, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 72.

⁴⁶²GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 18. “Para otros, se trata de una medida beneficiosa que evita, por ejemplo, que el sospechoso provoque la nulidad de las pruebas que le incriminan, para evitar ser condenado. Otros han abierto el debate sobre la oportunidad de promover otros efectos para el caso de la infracción del deber diferentes del de la ineficacia, como, por ejemplo, la sanción penal de los autores del hecho ilícito, pero manteniendo su valor como fuente de la prueba”.

volviendo a erigir la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal, subordinando los derechos fundamentales procesales a esta última⁴⁶³.

A partir de la perspectiva interna y externa construída por el TC, deducen que para éste, no habría un derecho procesal del acusado que permita excluir la prueba ilícita, sino una mera formulación procesal de un mecanismo que protege derechos constitucionalmente sustantivos, como el contenido en la Cuarta Enmienda, en la medida en que previene conductas policiales contrarias a esos derechos. Por eso, en cada caso habría que sopesar, *balancing test*, el coste de la exclusión de la fuente de prueba, frente al efecto disuasorio que prohíba esa exclusión sólo en la medida que ésta venga exigida por la tutela del derecho fundamental sustantivo.

Sin embargo, a mi parecer, la referencia que se efectúa al sistema norteamericano no es del todo correcta. De hecho, la tesis del efecto preventivo o disuasorio de la exclusión, supone por una parte, –precisamente– que la regla de exclusión no tenga su fundamento constitucional en un derecho en concreto; y por otra, que tampoco venga implícita ni directamente exigida por la Constitución como la única salvaguardia efectiva de los derechos fundamentales. Se entiende que sólo en este escenario es posible sostener la existencia de dos bienes en conflicto que deban ser ponderados en cada caso, y que por tanto den lugar al riesgo de formulación de excepciones en la aplicación de la regla de exclusión⁴⁶⁴. Como se ve, ninguna de estas condiciones se ha dado en el contexto español, por lo que dar por sentado un parangón con el sistema americano no debería siquiera plantearse⁴⁶⁵.

En efecto, la STC 114/1984, propició el carácter procesal de la garantía fundamental de inadmisión de la prueba ilícita sobre la base de su existencia implícita en la posición preferente de los derechos fundamentales y con ello esbozó un juicio de equilibrio en vistas de la existencia de un conflicto entre derechos de igual calidad: el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y los demás derechos y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente. Sin embargo, como se ha destacado en la lectura propuesta de esta sentencia, la misma termina por decantar en términos absolutos a favor de estos últimos. Otra cosa es que algunos autores, tales como GONZÁLEZ GARCÍA y DE LA OLIVA, tomen la enunciación de tal ponderación para considerar la persecución penal como un interés público a

⁴⁶³DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 95 s. Como veremos esta supuesta nueva ubicación no es determinante del problema, de hecho aún cuando se predicara la naturaleza constitucional de la garantía de exclusión de prueba en su perspectiva constitucional de derechos fundamentales procesales, de todos modos el TC podría sostener su carácter restringible, ya que su equívoco radica en adosar un carácter relativo a las limitaciones de derechos fundamentales, sean estos sustantivos o procesales. Otra cosa es que el punto cuestionable que hemos individuado, se enmarque en una tendencia más amplia del TC, que tal como indican los citados autores, se dirige a desconocer el carácter absoluto de todo derecho fundamental.

⁴⁶⁴GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 64 y 67.

⁴⁶⁵En un trabajo posterior, DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 42, los citados autores abordan una síntesis de las razones por las cuales no podrían importarse las excepciones norteamericanas al sistema español, aunque no comparto todas las premisas expuestas en su razonamiento.

incardinarse dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, predicando su inviolabilidad o «supremacía» respecto de los otros derechos fundamentales⁴⁶⁶.

Por tanto, como se viene explicando, debe descartarse toda intención de configurar un cierto «juicio de ponderación» siquiera plausible en el contexto español, donde –de hecho– no se da ninguno de los presupuestos para su funcionamiento. Por el contrario, la ubicación de la garantía ha evolucionado hasta sostener que –actualmente– en materia de prueba ilícita originaria forme parte de un derecho fundamental sustantivo; y en materia de prueba derivada sea parte del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías; por lo que no podría estimarse susceptibles de las ponderaciones que se han planteado en el caso norteamericano⁴⁶⁷.

En esta investigación, en cambio, se advierte que, el que dicha doctrina despliegue consecuencias incluso en materia de prueba ilícita en vía originaria y sea en sí misma peligrosa, se debe –no a la ubicación de la garantía dentro del derecho fundamental sustancial–, sino a la consideración que el TC efectúa en orden a declarar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales (esto es, su carácter relativo por cuanto admitirían limitaciones) pero atribuyendo idéntica calificación a las limitaciones en sí mismas, las que por tanto también pasan a ser consideradas como «relativas».

Sostener el carácter relativo de estas últimas, se encuentra en abierta contradicción con lo dispuesto en el art. 53 CE, cuyo numeral 1º señala que: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título [*Derechos y libertades*] vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo convenido en el artículo 161.1 a)». Por ende, sea que el examen se haga en referencia a un derecho fundamental sustancial o procesal (del art. 24 CE), de todos modos no cabría relativizar las limitaciones que inciden sobre tales derechos, mediante criterios de creación jurisprudencial. De hecho, la doctrina ha apuntado críticamente los términos excesivamente vagos e imprecisos con que dicha doctrina ha sido formulada por el TC, dando lugar a un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de la configuración de las más diversas excepciones (desde ya, la confesión voluntaria del acusado y la conocida como descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente), con la consecuente creación de un ámbito extendido de incerteza e inseguridad jurídica⁴⁶⁸. Veremos las

⁴⁶⁶GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 9.

⁴⁶⁷ Igualmente forzado me parece el argumento que MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “*La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales*”, op. cit. (n. 116), p. 155, efectúa sobre la base de una interpretación del término «violentando» empleado en el texto del art. 11.1 LOPJ.

⁴⁶⁸MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 133; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 104; MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, op. cit. (n. 119), p. 1049 y 1060 ss.; ASECIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 41 ss. CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 57 ss. En jurisprudencia: STS 768/2010, de 15 de septiembre, voto particular del Magistrado Ramos Gancedo que se refiere a la doctrina de conexión de antijuridicidad como «auténtico enigma indescifrable»; STS 79/2012, de 9 de febrero, sobre el riesgo de prevaricación que comporta la excesiva

consecuencias de esta relativización en el contenido de las perspectivas en que se hace consistir el juicio de experiencia de la doctrina de conexión de antijuridicidad.

c) *Contenido del juicio de experiencia de la doctrina de conexión de antijuridicidad*

- i. Perspectiva interna: índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado

En sede de derecho fundamental sustancial, la garantía secundaria de inadmisión no constituye una limitación en sí misma sobre la injerencia que pueda operarse respecto de tal derecho (como sí lo son las garantías primarias establecidas en el marco de cada derecho

interpretación judicial. Por nuestra parte, es del caso hacer presente que este grado de incerteza también se manifiesta en los casos en que el TS declara no procedente la desconexión de antijuridicidad efectuada por el tribunal *a quo*, a modo ejemplar, *vid.*: STS 300/2016, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Sánchez Melgar, f.j. 3º, la verdad es que no se procede con el análisis de las perspectivas internas y externas sino que más bien parece estimar el recurso en base a un análisis simplemente fáctico (similar liviandad de análisis de advierte en STS 513/2015, Sec. 1ª, de 9 de septiembre de 2015, ponente Antonio del Moral García, f.j. 6, letra a), parte final; STS 721/2014, Sec. 1ª, de 15 de octubre de 2014, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 5º: “Suprimida la autoincriminación inicial del acusado, queda la acusación huérfana de prueba de cargo, dado que todo el acervo probatorio tiene su origen y fundamento en esa gravísima vulneración constitucional del derecho de defensa, un derecho sagrado, posiblemente el más sagrado de los derechos que se actúan en el proceso penal. El Tribunal sentenciador, sin embargo, considera que esta vulneración constitucional no vicia el resto de las pruebas inculpatorias, pues estas consisten en la droga ocupada en el domicilio del acusado, domicilio que fue registrado con su consentimiento, prestado cuando el detenido ya estaba asistido de letrado. Esta argumentación no puede ser admitida, pues el consentimiento del acusado para el registro de su domicilio trae causa de su declaración anterior, es decir constituye una prueba directamente conectada con la vulneración constitucional. Es una prueba obtenida de modo indirecto de la vulneración constitucional, existiendo entre ellas una manifiesta conexión de antijuridicidad”; STS 910/2011, Sec. 1ª, de 24 de junio de 2011, ponente Siro García Pérez, respectivamente, f.j. 1º, N° 2, parte final y N° 3: “El criterio policial respecto a las sospechas pudo ser bastante para el inicio de actuaciones de investigación, pero, para constituir el soporte de la restricción del derecho fundamental, las sospechas deberían haber encerrado la aportación de datos objetivos controlables de momento por el Juez; y ello no consta que ocurriera en el presente y particular caso. Las intervenciones telefónicas y sus resultados han de reputarse nulos, con arreglo a la vinculación, recordada en el art. 7 LOPJ, de los jueces con los derechos y libertades fundamentales. 3. La cuestión relativa a la presunción de inocencia viene a concentrarse en sí, con arreglo al art. 11 LOPJ, la nulidad de las intervenciones telefónicas han contaminado a los demás medios probatorios que la Audiencia toma en cuenta para condenar a Marí Jose y a Torcuato. Ciertamente que la Jurisprudencia -véanse la sentencia del 29/9/2008 y las que cita- señala, respecto a la llamada conexión de antijuridicidad, que la declaración de ilicitud de la intervención telefónica no contamina automáticamente otros actos de prueba inculpativos que puedan ser reputados autónomos y hayan respetado las garantías legales. Mas en la sentencia se excluye tal autonomía cuando se enlazan causalmente con las intervenciones telefónicas los posteriores seguimientos policiales, ratificados testificalmente, los registros y las ocupaciones de las drogas. Debe reputarse que la contaminación indirecta a que se refiere el art. 11 LOPJ ha alcanzado a toda la actividad probatoria en cuanto inculpa a Marí Jose y a Torcuato. Respecto a los cuales no pudo entenderse enervados sus derechos a la presunción de inocencia”. Como señala Daniel Pastor en el Prólogo de la obra de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), Prólogo, p.23: “Pues la búsqueda de esa conexión es sólo «un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica» que únicamente encubre el decisionismo pragmático de un juzgador que resuelve bajo sus referencias, discrecionalmente, con valoraciones de pura oportunidad y sin atadura que lo ligue al respeto al derecho fundamental afectado que termina reducido a la categoría de «promesa vacía»”.

fundamental en su estatus positivo); sino que constituye un modo de propender al cumplimiento y respeto de dichas garantías.

Con la introducción de la perspectiva interna unida a la declaración del carácter relativo de los límites establecidos respecto de cada derecho fundamental, el TC extralimita sus competencias, a través de un desplazamiento del derecho fundamental cuya lesión debe analizar en materia de efecto reflejo: desde el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías el TC se enfoca en un nuevo análisis (o revisión) del derecho fundamental (sustancial o procesal) originalmente violado. Luego, respecto de este último, el TC afirma el carácter relativo de las limitaciones establecidas legal y constitucionalmente, con lo cual –en modo solapado– se atribuye la competencia para clasificar la importancia de cada una de las garantías legislativamente establecidas para la actuación de una determinada injerencia sobre un derecho fundamental (garantías primarias de cada derecho fundamental)⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Así queda de manifiesto en modo expreso, años más tarde, en STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º N° 3., al explicitar que: “En cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998)”.

⁴⁷⁰ En parte, aunque no compartamos completamente la premisa inicial que afirma la existencia de un eventual conflicto con el interés o valor de la verdad materia, *vid.* DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 100 ss., especialmente nota 97: “La ponderación viene ya previamente realizada por el legislador, sin que el juez, que es quien aplica la teoría de la conexión de antijuridicidad, pueda realizar una nueva ponderación de los intereses jurídicos para conseguir una nueva restricción”. La crítica que formulamos se encuentra implícitamente reconocida por ASENCIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 2: “Es ineludible que el legislador proceda con urgencia a desarrollar las normas imprescindibles para acotar el ámbito de la restricción de derechos por parte del Estado, estableciendo expresamente los requisitos que deben concurrir en todo caso y las correspondientes excepciones. Porque, en lugar de incidir en la prueba ilícita, desvalorizando su eficacia, lo apropiado es que el legislador regule exactamente el marco de aplicación de la restricción de cada derecho, especialmente en lo referido a las intervenciones telefónicas, ejemplo paradigmático, como han destacado el TEDH y el TC, de norma incompleta e insegura”. Así mismo, el citado autor destaca que: “a la vez, de igual modo, se impone una reforma de la LOTC que ciña al TC a su labor, que debe ser eminentemente negativa, prohibiendo o restringiendo duramente la posibilidad de éste de emitir sentencias interpretativas y, sobre todo, obligándole a respetar la regla de la legalidad (arts. 53, 2 y 81 CE), explicitando de forma rotunda la falta de competencia del TC para limitar derechos más allá de las determinaciones legales que establecen sus límites y que, en caso de silencio, solo pueda interpretarse el mismo de forma favorable a la vigencia del derecho. No falta jurisprudencia del TEDH al respecto, por lo que llama la atención que nuestro TC incurra en conductas de esta naturaleza que infringen la Constitución y el CEDH”. En modo más evidente, véase también ASENCIO MELLADO, José María, “*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*”, op. cit. (n. 336), p. 3 “El principio de legalidad al que hace mención el TEDH prohíbe que los tribunales puedan restringir derechos más allá de los expresos límites que la ley establece y esta prohibición entiendo que es aplicable al TC, el cual, naturalmente, no puede, si las leyes son constitucionales, reducir el ámbito de operatividad de los derechos que solo la ley puede determinar (...) El Prof. GIMENO entiende que el TC no está vinculado por más leyes que la CE (menos el art. 53.2 parece dar a entender) y la LOTC, pero no por el resto del ordenamiento jurídico, ni siquiera el llamado bloque de constitucionalidad, en el que se enmarca la LOPJ, de manera que, dictada una ley que limita las restricciones a los derechos fundamentales, el TC puede, cuando conoce de recursos de amparo, restringir en mayor medida el derecho previamente limitado de forma expresa por el legislador. De ahí que sea escasamente relevante el art. 11.1 LOPJ, su contenido, que se refiera a la obtención de la prueba y que sancione la carencia de

En efecto, en el caso de especie, el TS había declarado la existencia de una lesión originaria del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consistente en la falta de la debida motivación de la resolución autorizante de la injerencia en este derecho fundamental. En este punto, el TC inicia la distinción entre un plano fáctico y un plano jurídico a efectos de determinar la naturaleza jurídicamente derivada de los medios de prueba conseguidos gracias al conocimiento adquirido mediante dicha injerencia, que en el caso concreto era la evidencia material consistente en la droga incautada⁴⁷¹. En el análisis de la índole y características de la lesión original, el TC comete el error de reevaluar dicha lesión por completo. Si bien, en términos formales declara dar por sentada la configuración de dicha lesión en conformidad con lo declarado por el TS, agrega –sin competencia para hacerlo– que de todos modos no es posible sostener que el presupuesto de contar con una resolución adecuadamente motivada no hubiese concurrido íntegramente en la realidad⁴⁷².

efectos de la prueba ilícita, pues al considerarse que el TC sólo está vinculado por la Constitución, aunque dicho precepto no se oponga a la misma, dicho tribunal podrá desarrollarlo de modo incluso opuesto y restringiendo su aplicación limitando la eficacia de los derechos fundamentales”.

⁴⁷¹ Para una síntesis de la doctrina de «conexión de antijuridicidad» y el modo en que ha ido perfilándose la distinción entre causalidad material y jurídica, *vid.* STS 499/2014, Sec. 1ª, de 17 de junio de 2014, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 4º, N° 2, donde se efectúa un compendio de la doctrina sentada por una parte, en las SSTs: 2210/2001 de 20 de noviembre; 161/99 de 3.11 (que a su vez representa una síntesis de la doctrina esbozada en SSTC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001); STS 498/2003 de 24.4; y 1048/04 de 22.9; y por otra, en la STC 66/2009 de 9 de marzo, estructurada sobre la base de las SSTC 81/98 de 2 de abril y 22/2003 de 10 de febrero, las que a su vez citan el ATC. 46/83 de 9 de febrero, y las SSTs 51/85 de 10 de abril; 174/85 de 17 de diciembre; 63/93 de 1 de marzo; y 244/94 de 15 de septiembre. Otras referencias a la causalidad material pueden revisarse en la jurisprudencia citada en STS 940/2011, Sec. 1ª, de 27 de septiembre de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 29º: “Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11, que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuridicidad la que debe darse”. Cita además: STS 161/1999, de 3 de noviembre; STS 498/2003, de 24 de abril; STS 1048/2004, de 22 de septiembre; y entre las sentencias más recientes del TC: STC 66/2009, de 9 de marzo. Cfr. con la crítica de ANDRÉS IBÁÑEZ en voto particular de STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, f.5º, pár. 3º, donde propiciando una lectura imperativa del art. 11.1 que impida la formulación de excepciones jurisprudenciales a la regla general, señala que: “Siendo así, no es posible operar en este terreno con una artificiosa distinción de dos planos y otros tantos cursos causales, el jurídico y el natural o real. Por lo que acaba de decirse y, además, porque los efectos jurídicos no podrían ser denotados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico. Así, es patente que tanto la prueba matriz como la refleja y las interconexiones de ambas se dan en un marco formalizado de relaciones, en el que son inequívocamente jurídicos tanto las causas como los efectos, incluso en el caso de que puedan estar afectados de grave irregularidad”.

⁴⁷² STC 81/1998, f.j. 5º “Desde el punto de vista de la índole y características de la vulneración de que aquí se trata, ha de considerarse, en primer termino, cual de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales (SSTC 199/1987, 85/1994, 86/1995, 181/1995 y 49/1996) ha sido efectivamente menoscabada y en que forma. Esta cuestión ha de darse por resuelta en el presente caso a partir de la declaración efectuada por el TS en la Sentencia que aquí se impugna, como dijimos en el f.j. 1.º Según esa resolución, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental. Por ello, y aunque la Sentencia impugnada no extraiga ninguna consecuencia explícita de ese tipo de infracción, hemos de dejar constancia que ni puede afirmarse ni se afirma en ella que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese

En el contexto de la evaluación de la existencia de prueba derivada, concluir que los elementos necesarios para operar dicha motivación suficiente sí existían en la realidad, implica que el TC termine por restarle reconocimiento a la verificación de la lesión original, vaciando de contenido a la garantía primaria consistente en requerir una resolución judicial debidamente motivada para la injerencia de un derecho fundamental. En otras palabras, ello implica desnaturalizar la garantía de exigir una resolución motivada, al entender que basta que hayan existido elementos «reales» que hubiesen podido hipotéticamente fundamentar una resolución motivada⁴⁷³. En efecto, con ocasión de las interceptaciones de comunicaciones, la cuestión es

podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas”.

⁴⁷³ En el mismo sentido, *vid.*: STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 5º: “Lo cierto es que la extensión otorgada por la doctrina constitucional a la prueba inconstitucional, por ejemplo la calificación de inconstitucional de una actividad probatoria por razones formales (prórroga por providencia de una intervención telefónica, aun siendo evidente que subsistía la motivación que determinó la intervención), fue lo que condujo a la apreciación de que en estos supuestos podría resultar desproporcionada la aplicación absoluta de la regla de exclusión de toda la prueba derivada, llevando a la necesidad de establecer distinciones entre unas vulneraciones (las que ponen en cuestión el propio derecho fundamental) y otras consideradas menos relevantes (las acordadas judicialmente con déficit de motivación), conduciendo finalmente a la doctrina de la conexión de antijuridicidad. El que mucho abarca, poco aprieta. Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el TC estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas”. Sin embargo, es necesario llamar la atención sobre su cuestionable conclusión en los f.j. 6º y 7º: “6º.- En el caso actual nos encontramos ante un supuesto de intervención de las comunicaciones telefónicas autorizada judicialmente por auto motivado dictado en un procedimiento judicial, diligencias previas 3563/2011 distinto de las del presente y acordado por el Juez de instrucción correspondiente en relación con hechos delictivos graves como es un robo con violencia en casa habitada, respecto a los cuales ordinariamente se considera proporcionada la medida adoptada, pero con una motivación que el Tribunal «a quo» ha considerado infundada por cuanto dice que los funcionarios de policía ocultaron al juzgado el conocimiento del domicilio de las personas que intentaban detener - desconocimiento del domicilio que habría movido al juez instructor a autorizar la intervención telefónica-, lo que llevó al tribunal a declarar la nulidad del auto autorizante de fecha 26-6-2014, que valoró la necesidad de intervención solicitada ante el pretendido fracaso de localización de dos de los investigados en el robo cometido el día 22-5-2014, sin contar para realizar esa vulneración con toda la información de que sí disponía la policía, de manera que no le fue posible determinar con los suficientes elementos de juicio si consideraba que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones era jurídicamente proporcionada al objetivo de la investigación y adecuada para las finalidades solicitadas que no debían ser otras que el total esclarecimiento del ya referido robo distinto del objeto del presente procedimiento. Esta suerte de ocultación impidió al juzgado el debido control de la conveniencia y oportunidad de la intervención solicitada y acordada, por lo que es posible concluir que en efecto, se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones pues a través de esa intervención y por las circunstancias de ocultación que le posibilitaron, se dio una involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, y en concordancia con ello declara la nulidad del referido auto y la prohibición de valorar toda la prueba directa o indirectamente derivada de la misma, la virtud a la doctrina de la conexión de antijuridicidad que explícita en el fundamento de derecho segundo, y extiende tal ilicitud al resultado del dispositivo policial establecido el 14-7-2014 alrededor de la CALLE000 de Madrid, no pudiendo tomar en consideración ni lo que sobre el mismo consta documentado lo que los testigos funcionarios policiales dijeron sobre el mismo, excluyéndose la posibilidad a valorar el testimonio prestado por los acusados en el acto del juicio oral que lo fue con plena libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad de declare. 7º.- Razonamiento conforme con la doctrina del T.C. por todos STS 81/98 que destaca que cuando, desde la perspectiva interna, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y en consecuencia no consta que dicho presupuesto no concudiese

cristalinamente representada en STS 729/2015, de 24 de noviembre⁴⁷⁴, que sobre la base la doctrina sentada en STC 5/2010 y 72/2010, indica que: “la diferenciación entre motivación inexistente y motivación deficiente la obtendremos desde la propia entidad de los términos empleados, y desde la jurisprudencia del TC”. A partir de esta última, el TS, en sentencia 511/2015, nos dice que: “Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad, pues en estos supuestos el Tribunal Constitucional estima que la necesidad de tutela inherente al derecho fundamental puede quedar satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, sin que resulte necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas”⁴⁷⁵.

La introducción de este matiz (motivación inexistente y motivación deficiente) choca con cuanto afirmado en STC 197/2009, de 28 de septiembre, donde se expresaba que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga formaban parte del contenido esencial del art. 18.3 CE, y que dichas exigencias debían ser explicitadas en el momento de adopción de la medida con el objeto de posibilitar su posterior control, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no podía tener lugar en el momento de su adopción. Del mismo modo, tal distinción debe confrontarse con lo indicado en el f.j. 1º de la STS 413/2015⁴⁷⁶, al señalar que: “En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada”.

Se trata de una discusión que evoca los términos de un debate que también se da en el sistema italiano a propósito del art. 271 c.p.p.i. titulado «Prohibiciones de utilizaciones», cuyo numeral 1º reza: «Los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en los casos que los mismos sean obtenidos fuera de los casos permitidos por las leyes o en los casos en que no se hayan observado las disposiciones previstas en los arts. 267 y 268 i. 1º y 3º». El art. 267 trata los presupuestos y formas del procedimiento de las interceptaciones, estableciendo el deber de motivación y el estándar de los antecedentes en que debe basarse. Luego, dado que “de conformidad con el art. 125 i. 3º c.p.p., los decretos judiciales deben ser motivados, bajo

íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la valoración de la prueba refleja practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías si se aprecia la concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad (en el caso enjuiciado por el TC, el descubrimiento inevitable, es decir que la ocupación de la droga se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho).

⁴⁷⁴ STS 729/2015, Sec. 1ª, de 24 de noviembre de 2015, ponente Andrés Martínez Arrieta, f.j. 2º, párrafo final.

⁴⁷⁵ STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 13º, parte final.

⁴⁷⁶ STS 413/2015, Sec. 1ª, de 30 de junio de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 1º.

pena de nulidad, en los casos en que la motivación esté expresamente prescrita por la ley, como sería el caso del art. 267 c.p.p.⁴⁷⁷, se da lugar al debate sobre la aplicación de la sanción de inutilizabilidad del art. 271 por incumplimiento de la obligación de motivación, como disposición específica en materia de interceptaciones telefónicas. Mientras que en un primer momento se entendió claramente que la falta o insuficiencia de la motivación del decreto por parte del juez determinaba la inutilizabilidad de los resultados conseguidos a través de tales interceptaciones⁴⁷⁸; con posterioridad ha surgido la tendencia de diferenciar ambas hipótesis con el objeto de reducir el ámbito de operatividad de la inutilizabilidad (por lo demás más grave) sólo a la ausencia material de decreto de autorización. En otras palabras, la ausencia (física) de motivación se considera una cuestión diversa de la defectuosidad de la misma, vicio este último que comprendería las hipótesis de argumentaciones meramente formales, incompletas, insuficientes e ilógicas de los elementos contenidos en ella.

Ahora bien, de todo lo anotado es que se concluye que el TC –a través de este criterio–, introduce una competencia de selección de las garantías primarias cuya violación debiese estimarse de una entidad suficiente para meritar la aplicación del efecto reflejo⁴⁷⁹. Aquí basta insistir en que es este el verdadero riesgo de la STC 81/1998, ya que si los tribunales ordinarios extienden este razonamiento a la apreciación de la hipótesis de lesión originaria terminaría por acabarse todo debate sobre la exclusión de prueba en sí. Este modo de balancear los intereses en juego a partir del respeto o infracción de las garantías primarias conduce implícitamente a

⁴⁷⁷MAIOLI, Cesare/CUGNASCO, Roberto, *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni dai sistemi analogici al voice over IP* (1ª ed., Bologna, Gedit, 2008), p. 34.

⁴⁷⁸DI MARTINO, Corrada/PROCACCANTI, Teresa, *Le intercettazioni telefoniche* (1ª ed., Padova, Cedam, 2001), p. 109. “La **mancanza** o l’**insufficienza** della **motivazione** del **decreto** del giudice per le indagini preliminari **determina l’inutilizzabilità** dei **risultati conseguiti** tramite le intercettazioni (...), dovendosi il precetto dell’art. 271 c.p.p., dettato specificamente per le operazioni intercettive, considerare prevalente rispetto alla disposizione generale dell’art. 125 c.p.p., che conmina la nullità qualora nei decreti manchi o sia viziata la motivazione imposta dalla legge”. Destacado de la cita.

⁴⁷⁹ En este sentido, *vid.*: MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, *op. cit.* (n. 119), p. 1060 s. también advierte la introducción de una «gradación» de las vulneraciones de derechos fundamentales, en circunstancias que la lesión puede existir o no existir, mas no graduar, ya que ello podría producir “un quiebre absoluto e irreversible de la más elemental seguridad jurídica y, en todo caso, un menoscabo real y efectivo del marco de garantías constitucionales del ciudadano”. De todos modos es conviene tener presente que esta facultad de selección también se advierte en tiempos previos a la STC 81/1998, también en torno al secreto de las comunicaciones en las interceptaciones telefónicas: “La STS de 25 de octubre de 1994 no aprecia que la falta de control judicial (en el triple sentido que marca la jurisprudencia) provoque vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pero sí implica irregularidades que determinan la ineficacia probatoria aunque no su ilicitud. Así, los datos obtenidos no pueden ser incorporados a través de la cinta; sin embargo, cabe valorar la declaración testifical de los agentes que practicaron la escucha, sin perjuicio, claro está, del valor que el juez otorgue a las mismas, conforme al art. 741 LECRIM”, ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, *op. cit.* (n. 32), p. 191; cfr. STC 49/1996 caso «de la Hoz Uranga» y «Bravo Morcillo», en que la ausencia de control de la medida de interceptación telefónica por parte del juez instructor se entiende una vulneración del principio de proporcionalidad que rige al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Con posterioridad, sigue a la STC 81/1998, la STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 12º, también relativa a la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, y por ende sobre una resolución judicial cuyos fundamentos justificativos habían sido declarados insuficientes.

que la declaración de ilicitud de la prueba originaria cause efectos de simple prueba irregular, ya que precisamente se le priva del refuerzo que le es propio de acuerdo con la gravedad inicialmente atribuida a la infracción de tales garantías. En efecto, si se observa al detalle la praxis de los tribunales, resulta que si se considera además la falta de distinción entre prueba derivada y principio de sustitución débil, ocurre que de hecho se producirá una convalidación de la información obtenida por aquel medio originalmente ilícito, por el efecto indiciario que se reconoce a la fuente de prueba en conjunción con otros elementos objetivos aportados en el Plenario.

He aquí entonces, el mayor peligro de este hiper-activismo judicial, ya que efectuar una categorización por relevancia de los límites formales o materiales de los derechos fundamentales es solo un paso a la eliminación del límite en sí mismo: ello es cuanto ha ocurrido a propósito del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Desde el año 2000 a la fecha se ha ido consolidando una posición jurisprudencial según la cual, aun cuando esta disposición no prevea expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad —a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE—, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un «interés constitucionalmente prevalente» al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información⁴⁸⁰. Dadas las importantísimas repercusiones de esta aproximación jurisprudencial, se tratará en el último apartado de esta sección.

ii. Perspectiva externa: necesidad de tutela y efecto disuasorio

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, cuando el TC admite la posibilidad restringida [entiéndase el carácter restringible de la garantía], lo hace desde la perspectiva del derecho fundamental sustantivo, entendiéndola como una simple prolongación del sustantivo, para evitar plantear directamente el conflicto entre la garantía y la verdad material⁴⁸¹. Y como no habría una justificación jurídica para limitar la admisión del descubrimiento inevitable, el TC se habría visto obligado a “cambiar de plano y situarse en el coyuntural” para introducir este criterio «correctivo» a la amplitud con que se opera desde la perspectiva interna. A su juicio, “la pérdida de la perspectiva constitucional de los derechos fundamentales procesales, provoca la alteración de la naturaleza de la garantía constitucional de la exclusión de prueba, (...), que

⁴⁸⁰ De reciente, véase: STS 864/2015, Sec. 1ª, de 10 de diciembre de 2015, ponente Antonio del Moral García, f.j. 4º, STS 786/2015; STS 311/2015, Sec. 1ª, de 27 de mayo de 2015, ponente Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º, Nº 3. A nivel de TC, en cambio, *vid.*: SSTC 98/2000, de 10 de abril, f.j. 5º; 156/2001, de 2 de julio, f.j. 4º; 70/2009, de 23 de marzo, f.j. 3º.

⁴⁸¹ *Vid.* DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 107 ss. Con respecto al interés de búsqueda de la verdad señalan que: “no es que se niegue que semejantes valores sean indiferentes en el plano constitucional, sino que no tienen intensidad suficiente para convertirse, ni más ni menos, que en genéricos criterios restrictivos de los derechos fundamentales”, en DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 44.

culmina con el llamado análisis externo de la necesidad de cautela del derecho fundamental sustantivo”, que entre otros factores, exige verificar la concurrencia de dolo o culpa grave en la actuación⁴⁸². Con ello el TC se situaría en el ámbito del error, dando lugar a la excepción de buena fe del sistema norteamericano.

Como explica MIRANDA ESTRAMPES, fijar el fundamento de la regla de exclusión en su finalidad disuasiva, hace que la doctrina de desconexión de antijuridicidad surta consecuencias no sólo respecto de la eficacia refleja de la regla de exclusión sino también en lo que respecta a su propia eficacia directa cuando la misma puede ser calificada de «remedio excesivo», que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan⁴⁸³. En palabras de ASECIO MELLADO, con esta perspectiva, el TC introduce un fundamento adicional a la regla de exclusión de prueba ilícita, que superpone al primario y constitucional, desvirtuándolo. Con ello, al incorporar principios que no son esenciales en el marco español y al aplicarlos preferentemente a la Constitución y a la LOPJ, el TC “devalúa sus principios rectores, en una construcción que, incluso, afecta al papel que tiene este órgano como protector de derechos, ya que no en vano, en este caso, es el autor de una teoría que los restringe, apareciendo o haciéndose aparecer como fuente del derecho cuando no existe ley de límites o, mejor dicho, cuando existiendo, el TC la limita contra los propios derechos”⁴⁸⁴.

A mi juicio, el problema con la introducción de este criterio es nuevamente el carácter relativo que se atribuye a la garantía de inadmisión dentro de la estructura del derecho fundamental procesal al derecho celebrado con todas las garantías. Sólo desde esta perspectiva cobra sentido la crítica doctrinal anotada, pero no obstante ello, es necesario reconocer que la problemática lógicamente inicial se halla en la formulación del carácter relativo de las limitaciones en general, y sólo en un segundo análisis el carácter restringible de la garantía de inadmisión como corolario de la afirmación anterior⁴⁸⁵.

El problema está en que una vez que la STC 81/1998 limita el efecto reflejo en su carácter de garantía primaria del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías, luego

⁴⁸²DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 119.

⁴⁸³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 137 s.

⁴⁸⁴ASECIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 93 ss. y 95.

⁴⁸⁵ Distinto es el caso de la STC 49/1999, que sobre la base de la premisa formulada por el STC 81/1998, se refiere expresamente al carácter relativo de la garantía, según se puede apreciar del uso del término «ocasiones» en su f.j. 12. “(...) tras reproducir la doctrina contenida en la STC 114/1984 acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, introdujo un matiz novedoso de gran alcance, al añadir que: «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Una lectura atenta de dicho párrafo, con la mención del término en *ocasiones*, permite darnos cuenta que para el TC no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto”, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 137.

comete el error de desplazar el derecho fundamental de referencia: el efecto reflejo está destinado a hacer efectiva la prohibición de uso de prueba obtenida violentando derechos fundamentales sustantivos o procesales en vía originaria, para evitar que su uso derivado/indirecto vacíe de contenido a la prohibición de uso directo. Es por ello que el TC no puede pretender diferenciar entre el carácter de prueba derivada de la aplicación del efecto reflejo. En otras palabras, el TC no puede creer posible sostener el carácter derivado de una prueba y luego justificar la no aplicación a su respecto del efecto reflejo en base a un juicio de experiencia interno y externo.

En primer lugar, dado que el supuesto de aplicación del efecto reflejo es la calificación de una determinada prueba como derivada de la ilícitamente obtenida, ocurre que el TC no debería inmiscuirse nuevamente en la apreciación de la lesión del derecho fundamental sustancial, sino sólo y exclusivamente en la relación de dependencia entre el conocimiento obtenido por la prueba ilícita originaria y su efectivo uso para la obtención de la prueba cuestionada. Por otra parte, con la introducción de la perspectiva externa, sobre la necesidad o no de la aplicación de la ineficacia ordenada en el art. 11.1 LOPJ, debe tenerse presente que la aplicación del efecto reflejo, no constituye un aspecto que pueda ser balanceado por el TC a través de un «examen de necesidad de tutela» como una cuestión que en cada caso debe valorarse por el órgano jurisdiccional, ya que tal necesidad ya ha sido establecida por el legislador *a priori* a través de la introducción de la norma del art. 11.1 LOPJ en los amplios términos «no surtirá efecto»⁴⁸⁶. Luego, la estructura del derecho fundamental sustantivo tampoco le permite operar una selección de las modalidades de afectación que hacen susceptible la aplicación del efecto reflejo, ya que no cabe duda que ellas constituyen parte integrante del núcleo esencial de su contenido.

De ahí que se insista en que, más que postular el carácter restrictivo de la garantía procesal, la gravedad del planteamiento del TC es mayor porque, como se ha indicado, se atribuye competencia para restringir las garantías primarias de cada derecho fundamental en particular. Por ende, más que el conflicto entre la aplicación de la garantía o la vigencia de la verdad material, el peligro es que el TC haya pasado lisa y llanamente a escoger cuáles son las garantías primarias cuya lesión puede considerarse efectivamente vulneradora de la esencia del derecho fundamental sustantivo sobre la base de un criterio, que aunque se haga descender precisamente de la verdad material, resulta peor que ésta, cual es el efecto disuasorio de la aplicación de la garantía procesal⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ En esta dirección apunta MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, op. cit. (n. 119), p. 1062, en cuanto opinión ya expresada en su voto particular de STS 411/1996 de 24 de julio.

⁴⁸⁷ De la premisa formulada por la STC 114/1984 relativa a “la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (*deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)”, y que nosotros hemos reubicado conceptualmente más bien en el criterio ético de la *integridad judicial*, ocurre que el uso de la expresión «necesidad institucional» ha dado pie a que DE LA OLIVA SANTOS confirme su tesis en orden al fundamento disuasorio de la regla de exclusión. Según el citado autor, “esa pretendida «necesidad institucional» es confrontable con otra «necesidad institucional», relativa al proceso y, por supuesto, a sus fines”, que hace consistir en el derecho fundamental a «obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales» necesaria para la realidad de

iii. Carácter complementario de ambas perspectivas

Una vez detectado el verdadero origen de la problemática, es posible proyectar una lectura que respetando las premisas apuntadas, otorgue una nueva funcionalidad a la doctrina de conexión de antijuridicidad. Una posible solución puede construirse poniendo en tela de juicio el carácter complementario de ambas perspectivas. El f.j. 4º, parte final, de la STC 81/1998 indica expresamente que: «estas dos perspectivas son complementarias». Más tarde la STS 1113/2011 especificará tal carácter, el que luego vendrá reiterado, de reciente, a modo ejemplar, en la STS 300/2016⁴⁸⁸, señalando que: “Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente *ajena* a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”⁴⁸⁹.

Sobre la base de este carácter DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, señalan que, “la independencia jurídica abstracta de la prueba refleja respecto del derecho fundamental sustantivo no basta para consentir su admisión, sino que se supedita a otros elementos, casuísticos e hipotéticos”. De este modo, el único motivo para adicionar una segunda perspectiva (externa) de análisis es que la admisión de cualquier prueba refleja era excesiva, para lo cual el TC se vio obligado a introducir este factor correctivo⁴⁹⁰. Así, la STC 81/1998, en el f.j. 6º señala que no obstante resultar negada la conexión de antijuridicidad desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, ésta “podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo”.

La introducción de esta especie de corrector carece de sentido lógico conceptual, ya que si el tribunal entiende que el uso de la información obtenida a partir de la violación de un derecho fundamental (es decir, el resultado) no fue determinante para la configuración de una segunda prueba lícitamente obtenida, concluyendo que ésta no deriva [necesariamente] de la originalmente ilícita, resulta entonces que estaríamos frente a una prueba independiente, no sólo lícita sino que además regular. Luego, tal como ponen de manifiesto DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, no debiese ser susceptible de ulteriores análisis para decidir la aplicación de la garantía, la que debería quedar inmediatamente descartada desde que se predica la independencia de dicha prueba.

«derechos e intereses legítimos» (art. 24.1 CE) y con el deber del Estado de perseguir la criminalidad, *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, *op. cit.* (n. 112), p.197 s.

⁴⁸⁸ STS 300/2016, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 2º.

⁴⁸⁹ STS 1113/2011, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 3 n. 2. En este párrafo se cita igualmente las siguientes sentencias: SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005; y 66/2009.

⁴⁹⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, *op. cit.* (n. 7), p. 117.

El punto es que los citados autores y la doctrina en general ven con malos ojos un factor correctivo que –a mi juicio, contrariamente– puede en teoría causar efectos positivos⁴⁹¹: si “la independencia jurídica abstracta de la prueba refleja respecto del derecho fundamental sustantivo no basta para consentir su *admisión*”; debiese concluirse que la dependencia jurídica abstracta sí basta para consentir su «*expulsión*».

Aquí cabe entonces hilar fino con la nomenclatura utilizada, ya que esta doctrina elaborada por el TC, no obstante estar dirigida a acotar la prueba refleja mediante un análisis del nexo causal que desde una perspectiva normativa permita concretar su «desconexión», de todos modos puede también emplearse a efectos de «conexión» de antijuridicidad⁴⁹². De este modo, la perspectiva externa sólo entraría a jugar un rol complementario en el primer supuesto. En efecto, dado que estamos ante una prueba independiente desde la perspectiva interna, y por ende, frente a una prueba lícita y regular, el TC da pie –en modo inconsciente y descuidado–, a predicar que tal prueba podría igualmente ser considerada «derivada/dependiente» en atención a las necesidades de tutela de aquél derecho originalmente vulnerado, que podría verse privado de contenido.

La cuestión es expresamente apuntada por el Pleno a propósito del carácter de «prueba independiente» de la confesión, en STS 2/2011⁴⁹³, cuyo f.j. 4º indica que: “De esa construcción han de excepcionarse los supuestos en los que el atentado al derecho fundamental sea particularmente grave, en los que la necesidad de proteger el contenido esencial del derecho fundamental haga aconsejable negar a la prueba derivada, en causalidad natural, virtualidad probatoria en la reconstrucción del hecho (STS, ya citada, de 12 de noviembre de 2003)”. De esta constatación surgen dos consideraciones.

En primer lugar, teniendo presente que la necesidad de tutela del derecho originalmente vulnerado ya ha sido establecida por el legislador *a priori*, a partir de los términos amplios «no surtirán efectos» del art. 11.1 LOPJ, sigue entonces que el efecto reflejo responde precisamente a esa exigencia de protección efectiva, y por ende debe concluirse que basta que una prueba

⁴⁹¹ Si bien somos conscientes y compartimos lo señalado por CAMPANER MUÑOZ en orden a que los debates doctrinales acerca de los diversos aspectos y alcances de la conexión de antijuridicidad, al construirse sobre la nada, sean en realidad estériles, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 60, considerando la gran relevancia práctica que ha generado la aplicación de la misma, de todos modos merita dirigir esfuerzos hacia su máxima neutralización, al menos hasta que el TC o el legislador sean capaces de reconocer la aberración lógico-jurídica que la misma encierra. A nuestro juicio, tal como indica el citado autor tales esfuerzos deben partir de la consideración de que: “La única realidad existente es la relación de causalidad natural que llevará aparejada una consecuencia jurídica siempre que se halle prevista en el respectivo ordenamiento jurídico, tal como sucede en el nuestro”.

⁴⁹² En efecto, utilizando indistintamente ambos términos se encuentra la STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 4º, parte final, que –también a propósito de la prueba derivada– señala que: “El mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia”. Muy interesante resulta también contenida en el f.j. 9º de la citada sentencia, al aludir a la existencia de «causa jurídica de desconexión». En efecto, este extremo también desvela una cierta influencia penal, toda vez que emplea el mismo esquema esbozado en materia de configuración del delito, en particular en lo que respecta a las causales de antijuridicidad, cuya concurrencia determina que el mismo no se perfeccione, entendiendo la conducta finalmente ajustada a derecho.

⁴⁹³ STS 2/2011, Pleno, de 15 de febrero de 2011, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo.

pueda ser calificada como resultado de la información y/o prueba proveniente de la original infracción para ser objeto de aplicación del mismo, sin que quepa la posibilidad de adoptar un criterio jurisprudencialmente creado para restarle aplicación.

Ahora bien, una interpretación constitucionalmente orientada de la doctrina de conexión de antijuridicidad del TC que, además, siga esta lógica conceptual que se entiende faltarle, debiese en cambio interrogarse sobre la eventual introducción de un criterio jurisprudencialmente creado para brindar mayor aplicación al efecto reflejo. Establecer la cuestión en estos términos, explica que no compartamos la óptica de DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES en orden a advertir en la perspectiva externa la sobre posición solapada de la verdad material en relación a la lesión de un derecho fundamental. La visión que proponemos pasa por distinguir según si la conexión de antijuridicidad existe o no desde una perspectiva interna. Si existe conexión, la prueba debe ser excluida sin que sea procedente el análisis de la perspectiva externa; en cambio, si no existe conexión (sea porque se acoja la hipótesis de excepción del descubrimiento inevitable o de otras de creación jurisprudencial) y por ende la prueba deba ser admitida, entonces sería necesario sopesar si acaso existe una necesidad de tutela que en todo caso imponga la decisión contraria. El argumento de texto, o el equívoco en que incurre la STC 81/1998 que nos permite una tal interpretación, radica en el deficiente uso terminológico del TC. En efecto, el f.j. 6° finaliza señalando que: “la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas”⁴⁹⁴.

Así el TC introduce una diferenciación entre «prueba derivada» y «efecto reflejo» (aunque lamentablemente sin el sentido técnico distintivo entre prueba refleja y prueba derivada al que me he referido con anterioridad), y con ello rompe la estructura original que comprende este último en el contenido inherente de la primera⁴⁹⁵. En otras palabras, en su afán por proveer un parámetro que admitiera el uso de este tipo de prueba a través del reconocimiento del denominado «descubrimiento inevitable» en la perspectiva interna, terminó incurriendo en una impropiedad técnica consistente en diferenciar la calificación de una determinada prueba como derivada y plantear en modo autónomo la aplicación del efecto reflejo según el criterio de la necesidad de cautela a través del efecto disuasorio a una prueba que en puridad no sea «derivada» desde una perspectiva interna. Recordemos que, en el caso de especie, desde una perspectiva interna (aun criticando el modo en que se estructura tal análisis) el TC no reconoció tal prueba como «derivada» sino que como prueba independiente y lícita,

⁴⁹⁴ En el mismo sentido, *vid.* STC 171/2000, f.j. 6°: “De otra parte, también resulta palmario que tampoco las *necesidades de tutela* del derecho al secreto de las comunicaciones obligan a declarar la prohibición de valoración de las pruebas reflejas”.

⁴⁹⁵ Tal distinción queda clara a partir de lo afirmado en STC 66/2009, de 9 de marzo, cuando precisa que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión.

que de todos modos puede justificar la aplicación de la garantía si desde una perspectiva externa se entiende verificada la necesidad del efecto disuasorio.

En esta constelación de ideas, se advierte que el carácter «complementario» de ambas perspectivas sólo se verifica cuando la conexión de antijuridicidad se considere rota desde la perspectiva interna, ya que en tal caso el TC prevé adicionar el análisis de la perspectiva externa para verificar su efectiva «desconexión». Bajo esta óptica, el razonamiento del TC apuntaría a una construcción artificiosa de un nexo causal en términos jurídicos y garantísticos que paradójicamente tiene su origen en la introducción de la «excepción del descubrimiento inevitable». En cambio, cuando la conexión de antijuridicidad quede afirmada desde una perspectiva interna, no cabría proceder con el análisis externo, ya que en tales casos, la necesidad de tutela efectiva viene determinada *a priori* por el art. 11.1 LOPJ y por ende por el contenido esencial de cada derecho fundamental en particular y por la garantía procesal primaria del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías⁴⁹⁶.

d) *Male captum bene retendum bajo la fórmula «fin constitucionalmente legítimo»*

En esta investigación se ha sindicado con ímpetu el hecho de que el mayor riesgo de la doctrina sentada en STC 81/1998 haya sido haber afirmado la inexistencia de derechos fundamentales absolutos, y el carácter también relativo de sus limitaciones. Ambas premisas habrían conducido a una autoatribución de competencias para operar una categorización por relevancia de los límites formales o materiales de los derechos fundamentales por parte del TC, lo que representa solo un paso a la eliminación del límite en sí mismo. Ahora bien, tratándose de derechos fundamentales considerados tradicionalmente como «absolutos», ello redundaría en la atribución de facultades para la imposición de límites –establecidos judicialmente– sobre la base de su ponderación con otros derechos fundamentales concurrentes y que, en lo que al TC concierne, se identifica en el derecho fundamental a la prueba y a la tutela judicial efectiva en el marco del ejercicio del *ius puniendi*.

Como se ha indicado, esta situación es particularmente advertida en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad⁴⁹⁷. En este sentido es conveniente reproducir el recordatorio

⁴⁹⁶ Véase como en todo caso, el carácter complementario de ambas perspectivas suele ser objeto de confusión por parte del TS. A modo ejemplar, STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 7º, parte final: “En consecuencia, como las dos perspectivas son complementarias, aunque la prohibición de valorar la prueba refleja no venga exigida en estos casos de insuficiencia de motivación de la resolución judicial por las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental, si es necesario que la prueba refleja resulte jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y en consecuencia que se aprecie alguna causa jurídica de desconexión (descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, hallazgo casual, fuente independiente, ponderación de intereses, etc.”. Como se advierte, considera la denominada motivación insuficiente como parte integrante del análisis de la perspectiva externa, en circunstancias que como hemos indicado –al ponderar una escala de relevancia de las garantías primarias– redundaría en el análisis de la perspectiva interna del juicio de desconexión de antijuridicidad.

⁴⁹⁷ También alude críticamente a este tema ASENSIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 7, “como lo pone de manifiesto la reciente Sentencia de 7 de noviembre de 2011 en la que ha admitido la posibilidad de restringir el derecho a la intimidad sin previa resolución judicial al entender que en el caso cabía apreciar una excepción a la regla de la jurisdiccionalidad que la ley, como reconoce, no

efectuado por la STS 311/2015, en orden a indicar que ya la STC 207/1996, de 16 de diciembre, reconocía la posibilidad de que el derecho a la intimidad cediese ante fines o intereses constitucionales legítimos, estableciendo requisitos que proporcionarían una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad, cuales son: “la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal»); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto”.

A su vez, en este punto resulta interesante cómo es que la STC 70/2002 aplica tales premisas a las posibilidades de actuación de la Policía en el momento de la detención respecto de la intimidad del detenido; en particular, el modo en que construye la habilitación legal de la policía sobre la base de su función en la prevención y averiguación del delito, donde el fin constitucionalmente legítimo finalmente se convierte en el postulado conocido como *male captum, bene retendum* que en el contexto italiano se justifica mediante el recurso al concepto de «cuerpo del delito» y la obligatoriedad de proceder a su secuestro a todo evento.

En este sentido, la STC 199/2013⁴⁹⁸, siguiendo la doctrina expuesta en la STC 70/2002 y reiterada en STC 115/2013, de 9 de mayo, a propósito de la lesión al derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) –que había sido desde siempre considerado un derecho fundamental absoluto–, entiende que la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el CEDH. Así, la necesidad de autorización judicial propia de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), no se encuentra constitucionalmente exigida en forma expresa para las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Así, a pesar de haberse establecido en STC 37/1989, de 15 de febrero, la necesidad de contar con una decisión judicial previa a su respecto, no por ello se puede descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa –que como explicita el voto de minoría, no existe–, tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial. En efecto, desde la STC 173/2011, de 7 de noviembre, el TC ya había admitido que la actuación policial pueda ser necesaria en atención a la urgencia de la actuación, el modo de comisión del delito o su gravedad.

contempla, no obstante lo cual supera asumiendo de nuevo un papel de paralegislador y, curiosamente, en lugar de para proteger los derechos, para restringir su eficacia”.

⁴⁹⁸ STC 199/2013, Pleno, 5 de diciembre de 2013 (BOE N° 7, 8 de enero de 2014), f.j. 9°.

El gran defecto de este razonamiento es acuciosamente detectado por el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, que en su considerando 1º señala que la Sentencia de la mayoría elude la discusión *iusfundamental* propia de la jurisdicción del TC, cuya ineludible función es la tutela de los derechos fundamentales y no la mera revisión en tercera instancia de la razonabilidad de las condenas penales a la luz de la legalidad ordinaria. En este sentido recuerda que conforme a la doctrina del TC, la injerencia en el ámbito de la intimidad a efectos de la investigación de un delito, requiere con carácter general en primer lugar que exista una previsión legal que permita la injerencia, y en segundo lugar la pertinente autorización judicial⁴⁹⁹, y siempre de conformidad con los criterios de proporcionalidad de la intervención. Señala que es el legislador orgánico de los derechos fundamentales el que está inexcusablemente obligado a regular de forma precisa los supuestos de legitimidad de una injerencia típica como la que subyace al presente recurso de amparo. Así, la Sentencia de la mayoría confunde la perspectiva cuando apela a meras normas organizativas que atribuyen funciones a los cuerpos y fuerzas de seguridad, para legitimar la ausencia de la autorización judicial.

Como consecuencia de lo anterior, la habilitación legal no existe, ya que tales normas en ningún caso pueden ser la fuente de cobertura de la constitucionalidad de una intervención o injerencia sobre derechos fundamentales. Si bien, las fuerzas y cuerpos de seguridad, no dejan de estar obligadas a poner a disposición judicial de inmediato los objetos, instrumentos, huellas o elementos encontrados en el lugar de la comisión del delito, no por ello están legitimados a una iniciativa ulterior encaminada a realizar análisis sensibles para los derechos fundamentales. De hecho, el citado voto particular llega incluso a concluir en su considerando 7º que: “Más allá de la resolución del concreto recurso de amparo, la forma de argumentar de la presente Sentencia me suscita una enorme preocupación por el rumbo que puede tomar nuestra jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, ya que un razonamiento tan apegado a la legalidad ordinaria e incluso reductora de ésta, corre el riesgo de conducir a una banalización de la Constitución en un ámbito tan importante como éste”⁵⁰⁰.

Que se trate de una nueva formulación de la doctrina del *male captum bene retendum*, también puede observarse en las aprehensiones planteadas por el segundo voto particular de la sentencia anotada, a cargo del Magistrado Andrés OlleroTassara, cuyo considerando 3º indica que: “Parece, sin embargo, convertir en contra de lo ya apuntado su alusión a un fin legítimo –

⁴⁹⁹ Al efecto cita la STC 37/1989, de 15 de febrero, referida a la realización de una exploración corporal; y STC 207/1996, de 16 de diciembre, referida al corte de un cabello para detectar el consumo de cocaína.

⁵⁰⁰ En efecto, la doctrina criticada es reiterada en STC 13/2014, Pleno, 30 de enero de 2014 (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), respecto de una colilla lanzada por el imputado mientras se encontraba detenido por otro delito, f.j. 3º; STC 14/2014, Pleno, 30 de enero de 2014 (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), respecto de un vaso utilizado por el imputado en un bar, f.j. 3º; STC 15/2014, Pleno, 30 de enero de 2014 (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), f.j. 3º, y STC 16/2014, Pleno, 30 de enero de 2014 (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), f.j. 3º, ambas también sobre una colilla lanzada por el imputado mientras se encontraba detenido por otra causa, f.j. 3º, todas con idénticos votos particulares de los mismos Magistrados ya anotados. Luego, a nivel de sala, véase STC 43/2014, Sala 1ª, 27 de marzo de 2014 (BOE N° 87, 10 de abril de 2014), respecto de un esputo arrojado por el imputado en la calle, f. j 2º.

«la persecución y castigo del delito»– en salvoconducto suficiente para que pudieran manejarse los datos sin mayores exigencias”⁵⁰¹.

6. Excepciones a la aplicación del art. 11.1 LOPJ

a) *Excepciones en materia de prueba originaria*

i. Excepción de buena fe

A pesar de que parte de la doctrina se encuentre conforme con la introducción de esta excepción⁵⁰², MIRANDA ESTRAMPES explica que en el modelo continental europeo, ella resulta, *prima facie*, inadmisibile, puesto que la regla se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente e inviolable de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico⁵⁰³. Esta sería la tendencia original de la STS 114/1984, ratificada por la STS de 10 de febrero de 1995 (R.Ar. 814), al señalar que la errónea apertura de una carta (con droga), por quien no era su destinatario, aunque eventualmente disculpante desde un punto de vista penal, no impedía, la infracción del derecho del acusado. En palabras del citado autor “en el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes policiales actuantes, sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental”⁵⁰⁴.

Sin embargo, la aparición de la teoría de la conexión de antijuridicidad, ha abierto la espita para la admisión de esta excepción de buena fe, la que ha sido expresamente aceptada en STC 22/2003, con ocasión de un supuesto de obtención de un arma de fuego, luego de la entrada y registro policial en el domicilio del detenido practicado con el consentimiento de su esposa, a la vez denunciante. Hasta entonces, el TC tan sólo había venido valorando la buena fe del agente infractor, junto con otros parámetros, a la hora de analizar la validez de las pruebas reflejas, pero jamás en el terreno de las pruebas directamente obtenidas violentando derechos

⁵⁰¹ En todo caso, cfr. una cierta redirección en STC 145/2014, Sala 2ª, 22 de septiembre de 2014 (BOE N° 261, de 28 de octubre de 2014), p. 34-50, en materia de interceptación de comunicaciones entre presentes, ocasión en que acoge parcialmente el recurso de amparo por entender vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en cuanto se refiere a las grabaciones efectuadas en dependencias policiales.

⁵⁰² DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 140 s.; CHOZAS ALONSO, José Manuel, “*Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español*”, op. cit. (n. 112), p. 453 s.

⁵⁰³ Cfr. RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, op. cit. (n. 109), p. 18, el que refiriéndose a quienes añaden la nota del fraude o dolo en la infracción, indica que a esta postura “no parece ajeno nuestro legislador, que incorporó la institución a renglón seguido del principio de buena fe procesal, lo que puede llevar a aceptar una «excepción de buena fe» (*good-faith exception*) en la ineficacia de las pruebas ilícitas, en especial respecto a aquellos supuestos probatorios complejos en los que se discute la contaminación de unas pruebas *lícitas* por otras *ilícitas* con fundamento en la excepción aceptada por nuestro TS del «*descubrimiento inevitable*»”.

⁵⁰⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 104 y 106. En el mismo sentido: CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 85, nota 86.

fundamentales, que es, precisamente, su campo de aplicación en EE.UU.⁵⁰⁵. En esta faceta, la excepción de buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales⁵⁰⁶.

En efecto, la comentada sentencia, aun reconociendo que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) admitió la valoración de su resultado en el proceso, sin aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento «creyeron estar actuando conforme a la Constitución» (f.j. 10). La sentencia califica que en este caso, la aplicación de la regla es un «remedio impertinente y excesivo», lo que recuerda la concepción de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia norteamericana⁵⁰⁷.

Según MARTÍNEZ GARCÍA, el equívoco de base está en el hecho de que el TC, en el parámetro de la perspectiva interna, introduce conceptos propiamente penales, a saber el de «acción», relativo a la intensidad de la vulneración y el de «resultado», esto es, lo obtenido con dicha vulneración; en circunstancias que el análisis en sede procesal debiese moverse en términos de «derechos» y «cargas». Así las cosas, la traslación de la teoría de la imputación objetiva propia del derecho penal, conduce a que la acción desplegada por los agentes públicos, en términos de actitud y diligencia, despliegue efectos en el juicio de validez de la prueba, en circunstancias que los mismos nada tienen que ver con el derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías⁵⁰⁸⁻⁵⁰⁹. Efectivamente, esta observación se condice con aquella

⁵⁰⁵CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 85 s. agrega que: “A pesar de ello, la STC objeto de comentario evitó analizar, en abstracto, la excepción norteamericana de la buena fe y eludió siquiera cuestionarse su cabida en nuestro ordenamiento jurídico. La aplicó directamente, sin más como si de algo trivial se tratara, cuando, en realidad, la estaba tomando prestada por primera vez de la jurisprudencia norteamericana, donde la misma no goza, por cierto, de muy buena prensa por motivos obvios: es muy complicado fijar sus contornos, lo cual crea un indeseable clima de inseguridad jurídica”.

⁵⁰⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 104 s. En contra de esta línea interpretativa, voto particular del Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 81 ss. Queda atrás la afirmación efectuada por los autores al señalar que: “En definitiva, la jurisprudencia del TC ha venido aceptando con el paso del tiempo el juego del *deterrent effect*, pero, por el momento, sólo se ha utilizado como un elemento más para construir excepciones a la prueba refleja, nunca a la prueba directa”; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 87 ss.; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 86 ss. A favor, *vid.*: GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “*Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero*”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N° 2, 2003, p. 2567-2598.

⁵⁰⁷MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 140.

⁵⁰⁸MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 87 s. En este sentido apunta el voto particular del magistrado Guillermo Jiménez Sánchez: “pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo (...)”.

doctrina que estima aceptar esta excepción restringiéndola a los casos de buena fe policial por error invencible, otro concepto también penal, que considera que el deber de diligencia debe serles exigido hasta donde sea razonablemente posible.

En el marco de esta nueva línea de interpretación, “en España, la confesión voluntaria sin asistencia letrada ha sido admitida en alguna ocasión bajo la argumentación de la ausencia de constancia de fuerza o presión policial, falta de engaño de éstos al mostrar su condición de agentes de la autoridad y la voluntariedad de la confesión (STC 282/1993, f.j. 4º), admitiendo la prueba originaria como lícita”. Otro ejemplo de ello sería la STC 238/1999, de 20 diciembre, f.j. 3º y 4º, “donde las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones fueron admitidas y se declararon útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. La no identidad entre el

⁵⁰⁹Se indica que el primero en poner de manifiesto esta influencia sustantiva habría sido, Vives Antón, T., “Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los « frutos del árbol emponzoñado »”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N° 4, 2002, pp. 5 a 20. Dicha influencia, en todo caso, también habría sido apreciada por MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, op. cit. (n. 119), p. 1052 s. Al decir de CAMPANER MUÑOZ, “este plus de conectividad reforzado entre las pruebas ilícitas y sus derivadas”, como idea del nexo jurídico que el TC pretende construir obedecería a la influencia de la teoría de la imputación objetiva del derecho penal en que “la relación causal (nexo físico) entre una acción y un resultado –aunque es necesaria– no es suficiente para imputar el resultado a aquélla”, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 64 s. Sin embargo, para ANDRÉS IBÁÑEZ, este argumento por analogía sea tan forzado como la propia teoría de la antijuridicidad, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p.199, nota 20: “...aquí no se trata de dotar de contenido y dimensionar razonablemente el alcance de conceptos tan abiertos como los de acción, realización del hecho o autor, en el plano empírico; pues el asunto discurre más bien en el plano de la epistemología del juicio”. No obstante estar de acuerdo con el mismo, –de todos modos– una cierta influencia queda claramente evidenciada en la lectura del STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º; STS 988/2011, Sec. 1º, de 30 de septiembre de 2011, ponente Julián Sánchez Melgar, f.j. 12º; STS 818/2011, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º; que siguiendo la posición consagrada por primera vez en STS 320/2011, para explicar las perspectivas de análisis formuladas por el TC (interna y externa), señalan que: “de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica. La primera perspectiva –la natural– supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente. De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que reclama el amparo, sirvió como desconexión entre la violación del derecho fundamental y las pruebas”⁵¹⁰.

De todos modos, “a partir de una sentencia de 18 de julio de 2002 se reiteran los peligros de aplicar la doctrina de la conexión de antijuridicidad acríticamente, utilizando como punto de lanza casos discutidos como la declaración de falta de validez de la confesión del imputado a partir de medidas realizadas ilícitamente”⁵¹¹, sin perjuicio de continuar encontrando casos en que el haber operado la desconexión conduce a la condena del acusado, relegando por ende la declaración de prueba ilícita original a un rol absolutamente inocuo⁵¹².

ii. Prueba ilícita favor rei

La utilización de los resultados favorables⁵¹³ de prueba obtenida en modo ilícito no es un tema pacífico en España. El principal argumento que suele esgrimirse en contra de dicha excepción dice relación con el tenor literal del art. 11.1 LOPJ, el cual no contendría una distinción en tal sentido sino que, por el contrario, contendría una prohibición de utilización en términos absolutos⁵¹⁴. Como consecuencia de dicha interpretación literal, se entiende que en estos casos el remedio procesal consiste en esperar la interposición del correspondiente recurso de revisión. Además del supuesto potencial efecto alentador de la comisión de delitos, también se ha señalado, entre otros argumentos, un problema de orden procesal, ya que el órgano jurisdiccional que se pronuncia sobre su rechazo no puede conocer del contenido de la misma y por tanto, necesariamente ignorará si exculpa al acusado.

En contra, postulando la admisión de este tipo de prueba, DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, que sintetizan tales argumentos, y los descartan uno a uno, señalan que: “La interpretación literal del art. 11.1 es contraria a la propia naturaleza de la garantía constitucional que en él se plasma, por lo que debe prevalecer el sentido de esta última”. A su juicio, tal

⁵¹⁰MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 68 s.

⁵¹¹ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 365 s. y nota 87: “STS de 17 de enero de 2003 que niega también eficacia probatoria a las declaraciones del imputado obtenida a partir de una entrada y registro realizada sin estar presente el interesado, detenido por la policía; STS de 22 de enero de 2003 (exclusión de la declaración del imputado por intervención y registro ilícitos)”.

⁵¹²STS 391/2016, Sec. 1ª, de 6 de mayo de 2016, ponente José Manuel Maza Martín, f.j. 2º, N° 1: Pero lo que el Recurso omite es que, siendo cierto lo anterior, también lo es el dato del que se valen los Jueces «a quibus» para declarar la procedencia de la condena del recurrente y que no es otro que el de la aceptación por Darío, en declaración judicial, de la posesión de dicho documento, llevada a cabo con los requisitos necesarios de espontaneidad, plena liberalidad y debida asistencia y asesoramiento de letrado, para ser consideradas esas manifestaciones como desconectadas de la antijuridicidad de la fuente previa de información viciada de nulidad, las intervenciones telefónicas, y su consecuencia, el registro domiciliario, de acuerdo con nutrida doctrina al respecto (vid. SSTC 81/1998, de 2 de Abril, 49/1999, 239/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 138/2001, etc. y SSTS 113/2014, de 17 de febrero y 471/2014, de 2 de junio, entre otras)”.

⁵¹³ Como explican DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 197, nota 48: “no hace falta que la prueba demuestre la inocencia del acusado, entre otras cosas porque el acusado no tiene que probarla. Basta que la prueba le favorezca. Cualquier solución que intente delimitar la garantía en atención al grado de inocencia que demuestra la prueba se vuelve absolutamente casuística e impracticable”.

⁵¹⁴ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 87.

interpretación implica un error de perspectiva: por una parte, supone sobrevalorar el plano de la legalidad, en menoscabo del de constitucionalidad, como si la garantía constitucional fuera el resultado del art. 11.1, y no viceversa; y por otra parte, supone “desconocer el principio constitucional de interpretación de la ley a la luz de la Constitución”. En virtud de lo expuesto, los citados autores estiman que la misma no constituye una excepción a la garantía constitucional de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino por el contrario es la propia naturaleza de esa garantía la que impone la admisión de las pruebas que demuestran la inocencia del acusado⁵¹⁵. Por ello, “no se trata de restringir o excepcionar una garantía constitucional procesal sino de *delimitar* su contenido, cuya naturaleza, (...), es contraria a esa posibilidad”, ya que “es imposible admitir la existencia de una garantía constitucional procesal que pervierta o impida la tutela judicial efectiva, conculcando de raíz el *ius libertatis* del acusado e imponiendo la indebida aplicación del *ius puniendi* del Estado”⁵¹⁶.

MIRANDA ESTRAMPES, también en contra de esta interpretación literal, comparte la solución esbozada por FERNÁNDEZ ENTRALGO, en orden a efectuar una adecuada ponderación de intereses que apunte a asegurar que ningún inocente sea condenado, concluyendo que: “no se trata de reconocer una plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso”⁵¹⁷.

En segundo lugar, DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, descartan acudir al recurso de revisión como solución a la cuestión de injusticia material de la condena de un inocente. Este remedio no sólo implicaría una interpretación forzada del tenor literal de los motivos legales que lo consienten, sino que además supone considerar que en el marco del mismo no rijan los principios legales y constitucionales que impiden admitir pruebas ilícitas en el proceso. Si se

⁵¹⁵ En el mismo sentido, RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, op. cit. (n. 109), p. 19, donde citando la STS de 9 de julio de 1994, señala que: “por la naturaleza misma del Derecho Penal sustantivo y procesal que, en muchas ocasiones, no sólo permite sino que obliga a sumir criterios de desigualdad frente a situaciones desiguales para obtener, al fin, una fórmula igualitaria y justa: si de una prueba nula, porque se ha practicado con vulneración de determinados derechos, pudieran nacer argumentos de defensa, es evidente que podrían utilizarse si de ella se obtuviera una consecuencia favorable al inculpado, por ejemplo, en la diligencia de registro que se declara nula se constata la inexistencia de la droga o de las armas que se buscaban”.

⁵¹⁶ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 199 s. Explican que “precisamente el art. 24 CE arbitra una serie de garantías para el justiciable, de manera que se asegure el ejercicio del *ius puniendi* estatal a través de un proceso que respete todos los valores del Estado de Derecho. Se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso”. Lo que se produciría en el fondo “es un conflicto entre la tutela judicial efectiva y uno de los derechos fundamentales procesales del art. 24.2, que acaba siendo favorable a éste último. Y lo cierto es que los derechos fundamentales procesales en sí mismos no deberían tener trascendencia si no es con miras a la tutela judicial efectiva, que es la finalidad procesal por excelencia”, p. 198.

⁵¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 107; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*”, op. cit. (n. 82), p. 158 s.; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 59 s., agrega que el fundamento de dicha excepción debe basarse en la presunción de inocencia del imputado afectado por la violación de un derecho fundamental, sea que sea o no el titular del mismo. En jurisprudencia, *vid.*: STS, de 9 de julio de 1994 (R.Ar. 5885) y STC 238/1999, 20 de diciembre.

considera que el legislador decimonónico contempló dicho recurso en base a *propter nova* o *propter falsa* (art. 954 LEC) siempre posteriores a la condena, se debe a que es simplemente impensable que pudiera existir una sentencia condenatoria si en el momento de dictar sentencia, la inocencia del acusado era evidente. De ahí que la admisión de la prueba favorable deba ser aceptada, optando por una solución procedimental que deleve el contenido de la prueba para la decisión del órgano jurisdiccional. En este sentido, PAULÍ COLLADO explica que el Juez de Instrucción debiese incorporar la fuente de prueba al proceso para que, de este modo, el órgano decisor pueda determinar finalmente si la citada prueba es beneficiosa o no, y su consiguiente admisión o rechazo⁵¹⁸. Por último, se entiende que no puede argüirse el peligro de incentivo en la comisión de delitos, ya que no debe olvidarse que “la utilización de la prueba en el proceso para impedir la condena de un inocente en modo alguno exonera de responsabilidad al autor del ilícito, que deberá ser determinada en el correspondiente proceso”⁵¹⁹.

A propósito de este tema surge, a su vez, el debate acerca de la titularidad del derecho fundamental vulnerado, cuando la misma no corresponde al imputado inocente, sino que a un tercero no imputado procesalmente, en orden a admitir este tipo de pruebas únicamente cuando se trate de elementos de descargo obtenidos vulnerando los derechos fundamentales del propio imputado. En efecto, la doctrina de la conexión de antijuridicidad ha dado paso a que tal circunstancia rompa el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada apta para condenar⁵²⁰.

Según una posición doctrinal mayoritaria la titularidad del derecho fundamental vulnerado es indiferente de la legitimación para solicitar su exclusión⁵²¹. En palabras de CAMPANER MUÑOZ dado el fundamento constitucional de la regla de exclusión, “el dato de la titularidad del derecho fundamental afectado es intrascendente, de suerte que, en el fondo, siempre quedaría afectado, como mínimo, el derecho a un proceso con todas las garantías por la admisión, y en su caso, valoración, de una prueba ilícita”⁵²². A juicio de MARTÍNEZ GARCÍA,

⁵¹⁸PAULÍ COLLADO, Francisco Javier, “La prueba ilegalmente obtenida”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, CGPJ, Madrid, vol. II, 1993, p. 1269.

⁵¹⁹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 200 ss.

⁵²⁰ En este sentido, vid. STC 238/1999, f.j. 4º.

⁵²¹ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 85, incluso sostiene el derecho del tercero afectado a comparecer por esta causa. Cfr. RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 275 (donde si bien por una parte señala que: “Sea como fuere, no cabe negar la legitimación para solicitar la declaración de la nulidad probatoria, al tiempo que a cualquiera de las partes, a quien ha sufrido la vulneración de uno de sus derechos fundamentales por el solo hecho de no ser parte en el proceso”, siempre que demuestre un interés legítimo; luego hace referencia a las reglas de buena fe como límite a la legitimación) y p. 305 s. donde en términos explícitos sigue en este punto a RUÍZ VADILLO y por ende admite la prueba favor rei sólo en cuanto el derecho fundamental afectado pertenezca al imputado, y no a un tercero, citando a Ruíz Vadillo, E., *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales*, en *La prueba en el proceso penal* (Cuadernos de Derecho Judicial), CGPJ, Madrid, 1992, p. 83.

⁵²²CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 144. Agrega que: “De ahí que, (...), no resulte satisfactoria la tesis de Asencio Mellado, quien, recuérdese, en síntesis, sostiene que el fundamento constitucional de la regla de exclusión se residencia exclusivamente en los derechos materiales, esto es, en el propio derecho vulnerado por la diligencia, con un

una conclusión contraria no sólo sería peligrosa por abrir la puerta a intervenciones telefónicas generales o con carácter preventivo, a sabiendas que lo obtenido podrá ser utilizado en contra de aquellos procesados no titulares del teléfono, sino que además conduce a la paradoja de que la violación de un derecho fundamental produzca efectos distintos para aquellos afectados por las pruebas derivadas⁵²³.

b) *Excepciones en materia de efecto reflejo*

i. Declaración voluntaria del imputado en instrucción y/o juicio oral

Antes de la doctrina de conexión de antijuridicidad, era frecuente que la jurisprudencia fundamentara la condena del acusado basándose en el propio reconocimiento de los hechos realizado en el juicio oral, considerándolo como *fuerza independiente* de prueba. Para MIRANDA ESTRAMPES ello redundaba en subsanar o convalidar los resultados obtenidos con la originaria prueba ilícitamente obtenida (por ejemplo, una intervención telefónica o un registro domiciliario ilícitos), forzando la interpretación de lo que debe entenderse por «fuerza independiente», confundiéndola con los supuestos de «pruebas diferentes» pero que, en realidad, eran «derivadas» en cuanto procedentes de la misma fuente viciada en su origen⁵²⁴.

Sin embargo, ya antes de la introducción de la doctrina de conexión de antijuridicidad, la STC 86/1995, f.j. 4^o⁵²⁵, había modificado la precedente línea seguida en STC 85/1994, señalando que: “la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas de su obtención”, que han determinado que estas sean consideradas por el TC como un medio racional y legítimo de prueba⁵²⁶. Este razonamiento finalmente conduce a afirmar que: “la confesión del acusado

régimen propio, no identificado con ninguno de los derechos consagrados en el art. 24 CE. En tal caso, podría regir en el proceso penal español una suerte de *standing rule*, con los perniciosos efectos que ello acarrearía”.

⁵²³MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 58 s.

⁵²⁴MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 123.

⁵²⁵DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, critican que la STC 81/1998 invoque la STC 86/1996 y 54/1996 como antecedentes de su doctrina, ya que de su lectura “se comprueba que no son ni siquiera parientes lejanos de la teoría de la conexión de antijuridicidad. Así, más que admitir una excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, sencillamente lo que hizo la STC 86/1995 fue equivocarse al considerar que no existía nexo causal”, vid. DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 104 s.

⁵²⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 126, señala que si bien la Sala 2^a del TS, en un primer momento, se mostró contrario a la aceptación de este cambio de dirección (a modo ejemplar STS 4 julio 1997, R.Ar. 6008, f. j. 3^o, sin perjuicio de acabar aplicando la excepción de descubrimiento inevitable), lo cierto es que la propia doctrina jurisprudencial nos ofrece numerosos ejemplos de una interpretación amplia de la desconexión causal para excluir el reconocimiento de los efectos reflejos. Dentro de esta jurisprudencia mayoritaria sobre la inexistencia de nexo de antijuridicidad que invalida la confesión postulada en el plenario, se encuentran: STC 161/1999, de 27 de septiembre, f. j. 4^o; STC 239/1999, de 20 de diciembre; STC 49/1999, y STC 8/2000, de 17 de enero, f. j. 3^o y 10^o; STC 136/2000, de 8 de mayo, f. j. 8^o; STC 299/2000 y 138/2001. Asimismo en STC 99/2009, de 20 de abril; STC 128/2011, de 18 de julio. A nivel de TS, véase: STS 526/1995, de 7 de abril; STS 25 enero 1997 (R.Ar. 109), f. j. 3^o; STS 1131/1997, de 23 de septiembre (R.Ar. 7259); STS 885/2002, de 21 de mayo de 2002 (RJ 7411); STS 160/2003; STS 17 enero 2003;

actúe como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarán de esta forma su virtualidad probatoria”. Así, esta convalidación implicaría, en último término,

STS 184/2003, de 7 de febrero; STS 408/2003, de 4 de abril; 1451/2003, de 26 de noviembre; STS 59/2004, de 22 de Enero; STS 339/2004, de 16 de marzo; STC 136/2006, de 8 de mayo; STS 926/2006, de 6 de octubre; STS 818/2011, de 21 de julio de 2011. Al tenor de tal doctrina, la falta de aplicación de la regla de exclusión vendría supeditada, a que quien confiesa conozca la ilicitud de la diligencia y la falta de eficacia probatoria de la evidencia ilícita, salvo que pese a ello, el acusado confiese. En este orden de ideas, ARMENTA DEU, identifica una *posición intermedia* entre la posición del TC sobre la plena autonomía de la confesión frente a la prueba ilícita y las dos doctrinas anteriormente citadas tendientes a apreciar la irradiación de la antijuridicidad de la prueba originaria a la confesión del imputado por la confrontación con la evidencia derivada de aquélla. En tal dirección se desplaza la valoración de la libertad en la prestación de una declaración auto-inculpatoria a la posibilidad efectiva de acceso a la información que se ponga a disposición del acusado y su defensa, previamente a prestar declaración. En esta posición intermedia cita: SSTS 498/2003, de 24 de abril; 1670/2003, de 8 de marzo; 205/2004, de 18 de febrero; 339/2004, de 16 de marzo; y 1263/2004, de 2 de noviembre, ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 366, nota 90. Para una esquematización actualizada de las diversas posiciones jurisprudenciales, *vid.*, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 152 ss. que en lo que respecta a la posición intermedia añade la STS 316/2011, de 6 de abril que “recapitula los pilares básicos establecidos en el expresado bagaje jurisprudencial del TS, matizando la doctrina constitucional de la desconexión de la antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos por parte del imputado”, p. 157. Sobre esta doctrina que matiza o singulariza en el caso concreto la aplicación de la conexión de antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos al cumplimiento de ciertos requisitos, agregamos nosotros la siguiente: STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, f.j. 15º: “Para ello es necesario que se cumplan determinados requisitos, y en concreto que se acredite que dicha declaración se hubiese efectuado: a) previa información de los derechos constitucionales del inculcado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar, b) con asistencia de su letrado, c) mediante una declaración plenamente voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su espontaneidad, d) teniendo por escenario el Plenario, o acto del juicio oral, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión, e) con conocimiento de que se ha planteado por la defensa la posible anulación de la prueba de la que pudiera proceder el conocimiento inicial determinante de la imputación, de manera que pueda verificarse que la confesión fue exponente de la libre voluntad autodeterminada del acusado y no viciada por la realidad derivada del resultado de la prueba ilícita (STS 2/2011, de 15 de febrero, del Pleno de la Sala; 912/2013, de 4 de diciembre y 649/2013, de 11 de junio, entre las más recientes)”; así como la jurisprudencia del TS citada en STS 316/2011, Sec. 1ª, de 6 de abril de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 2º: SSTS 406/2010, de 11 de mayo; 529/2010, de 24 de mayo; 617/2010, de 22 de junio; 1092/2010, de 9 de diciembre; 91/2011, de 18 de febrero [que habla derechamente de requisitos para una posible convalidación de esta clase declaraciones], entre otras; STS 132/2011, Sec. 1ª, de 7 de marzo de 2011, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo, f. j. 1º a 7º, sin perjuicio del voto particular de Andrés Martínez Arrieta. De reciente, a su vez debemos sumar: la STS 589/2016, Sec. 1ª, de 5 de julio de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta, f. j. único que resulta interesante por indicar que la lejanía temporal no parece suficiente para predicar la validez de tal segunda declaración. En efecto, en el caso, declarada la nulidad de la intervención telefónica, si bien el tribunal de instancia rechaza las declaraciones que aparecen conectadas con esa declaración, no tanto por la conexión de antijuridicidad de la prueba declarada nula, sino por su proximidad temporal; yerra al valorar las declaraciones alejadas temporalmente de la prueba declarada como la declaración indagatoria, realizada tres años después de la detención en las que ratifica las anteriores declaraciones. Según el TS, dado que la única actividad probatoria en que se basa la convicción sobre el relato fáctico, es una declaración indagatoria ciertamente lacónica, referida únicamente al conocimiento del auto de procesamiento notificado y a la ratificación de su declaración en el juzgado tras su detención, sin que exista una confirmación del contenido de la declaración sino una ratificación genérica de una declaración vertida tres años antes, la misma no puede considerarse suficiente; y STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 8º, que a su vez agrega: SSTS 2/2011, de 15 de febrero del Pleno de la Sala, 912/2013, de 4 de diciembre; 649/2013, 11 de junio; STS 213/2016, Sec. 1ª, de 15 de marzo de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta, f.j. 8º. Para un resumen evolutivo de los diversos criterios *supra* indicados, *vid.* STS 499/2014, Sec. 1ª, de 17 de junio de 2014, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 4º, Nº 2.

“una utilización indirecta de aquellos datos cuyo conocimiento ha sido adquirido mediante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales”⁵²⁷.

MIRANDA ESTRAMPES, critica esta aproximación por el hecho de desatender el desarrollo temporal de los acontecimientos que difícilmente permite calificar ambas pruebas como independientes por su conexión con los datos obtenidos ilícitamente. En realidad, el autor parece aplicar una especie de teoría de equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, por cuanto su análisis se estructura sobre la base de la supresión mental del resultado ilícito, en un juicio *ex ante*. Como segunda observación, el autor advierte cuánto sea importante el momento procesal concreto en que se produce la declaración de ilicitud de la prueba: por una parte, si la misma se verifica en modo temprano, entonces probablemente no se daría la hipótesis de declaración del imputado en el juicio oral, aun cuando tal decisión se haga depender de las habilidades técnicas del letrado que lo asesore⁵²⁸; y por otra, sería posible que

⁵²⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 125 y 135.

⁵²⁸ Esta observación cobra aún mayor relevancia si se tiene presente que en el sistema español, a su vez, también existe debate sobre el modo en que debe levantarse la cuestión de la ilicitud de la prueba: si debe efectuarse de oficio o a instancia de parte. Desde este último extremo, la cuestión sobre la disponibilidad de los derechos y libertades fundamentales se ve agravada por la consideración de que en la práctica la misma se encontraría *de facto* entregada a las habilidades técnicas del letrado, encargado de la denuncia de los vicios respectivos, cuya actitud pasiva puede determinar una especie de convalidación tácita o implícita de la prueba ilícitamente obtenida. Cfr. CAAMAÑO, Francisco, “*El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 113 ss. Lo anterior, sin perjuicio que la doctrina mayoritaria se decante por ambas formas de control y rechace toda convalidación derivada de la actitud pasiva mantenida durante el proceso por quien resulte perjudicado por la prueba ilícita, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 143 s.; A pesar de diferenciar las hipótesis de nulidad del art. 238 LOPJ, art. 225 nueva LEC, y del art. 11.1, señalan que de todos modos sería aplicable a este último la previsión de los arts. 240.2 LOPJ y 227 nueva LEC, que permiten al órgano jurisdiccional apreciar de oficio la nulidad absoluta, no sólo porque desde el punto de vista material la esencia de la garantía constitucional consista en impedir la eficacia procesal de los resultados de la lesión de un derecho fundamental, sino también para evitar el absurdo resultado de una hipótesis que en teoría reviste mayor gravedad sea apartada de las facultades oficiosas del órgano jurisdiccional: “Si cada vez resulta más evidente que dentro de los poderes de dirección formal del Juez se encuentra el control de oficio de los presupuestos procesales, con mayor razón el órgano jurisdiccional debe velar, con su propia iniciativa, por el respeto de los derechos fundamentales, art. 7.2 LOPJ. La nueva LEC explicita este deber en el art. 287.1 (admisión de la prueba en primera instancia)”; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 153 s., véase a mayor abundamiento nota 157 y 158. En el mismo sentido: ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 370, nota 108: “Si bien se discute sobre la potestad del tribunal de apreciar de oficio la ilicitud probatoria cuando el imputado no la ha suscitado. La relevancia constitucional permite sostener la inexistencia de preclusiones en este ámbito”. Para posiciones similares, *vid.*: CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 145: “(...) no puede obviarse que, aun en el caso de que ninguna de las partes procesales planteara la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas y, corolario de lo anterior, la nulidad de las mismas, no sería aceptable considerar que habría existido una suerte de convalidación implícita en cuanto que, como señala PICÓ I JUNOY (y a pesar de que obvia el rol del Fiscal en el proceso penal, centrándose en la eventual pasividad del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia), el carácter absoluto de la prohibición contenida en el art. 11.1 LOPJ comporta la plena eficacia de la misma”; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*”, op. cit. (n. 82), p. 188 s. y nota 331; ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 85; RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 276 ss. Por la instancia

incluso no se llegara a juicio, si en la fase de preparación se constatará la inexistencia de todo otro tipo de indicio incriminatorio, siendo procedente el sobreseimiento provisional de la causa conforme lo estipulado en el art. 641 LECrim⁵²⁹.

En tercer lugar y siguiendo a ANDRÉS IBÁÑEZ que, en cambio, analiza cómo la confesión así obtenida es ilícita en sí misma por haber interrogado sobre datos, efectos u objetos obtenidos durante diligencias ilícitas y por ende jurídicamente inexistentes, el autor señala que: “habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla y además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancias de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre la existencia o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal”⁵³⁰. En palabras de JORGE BARREIRO la contradicción de este modo de proceder queda de manifiesto: “Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena”⁵³¹.

de parte en la denuncia de la ilicitud, cfr. GIMÉNEZ PERICAS, Antonio, “*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*”, op. cit. (n. 106), p. 35 s. En jurisprudencia véase: STC 111/2011, Sala 2ª, 4 de julio de 2011 (BOE núm. 184 de 2 de agosto 2011), f.j. 3º, identificando tres momentos procesales aptos para plantearlo: como cuestión previa al comienzo del juicio oral del procedimiento abreviado; en el escrito de conclusiones definitivas; en el respectivo recurso de casación.

⁵²⁹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 124 s. y 135; CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 239, conclusión 26ª “En definitiva, y en vista de las dificultades que derivan de la actual praxis judicial, consideramos que las resoluciones relativas a la ilicitud probatoria debe dictarse en fase de instrucción (como culmen de la misma) y, además, agotarse el recurso o los recursos que puedan proceder con anterioridad a la formulación de conclusiones provisionales; pudiendo y debiéndose acordar el sobreseimiento de la causa cuando, una vez purgados los rendimientos obtenidos merced a las diligencias teñidas de ilicitud y sus derivadas, se verifique la ausencia de indicios racionales de criminalidad”; CARMONA RUANO, M, “*De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que se puede declarar?*”, op. cit. (n. 414), p. 95 ss., igualmente evidencia que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria, sosteniendo en clave propositiva el que el Tribunal no pueda posponer la declaración de nulidad probatoria al momento de la sentencia, permitiendo con ello la práctica de pruebas nulas (conclusión 2ª).

⁵³⁰ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 28, 1993, p. 240 ss.

⁵³¹Jorge Barreiro, Alberto, *La prueba ilícita en el proceso penal*, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, vol. II, CGPJ, Madrid, 1993, p. 1237, citado en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 135. En este sentido, una línea jurisprudencial crítica a la admisión de esta excepción basada en la ruptura del nexo de antijuridicidad debido a la voluntariedad de la confesión, puede consultarse en: STS 17 enero 2003, que estima que el uso de la información, obtenida a través de una entrada y registro ilegal, para la formulación del interrogatorio por parte del instructor, debe considerarse capciosa en el sentido de inductoras a error ex art. 709 LECrim (en la misma dirección *vid.* STEDH en el caso Allan vs. Reino Unido, de 5 noviembre 2002, que afirma que cuando las autoridades utilizan un subterfugio para provocar confesiones, no existe un efectivo respeto por la libertad de elección del sospechoso en orden a confesar y Tribunal de Justicia de las

Finalmente, y frente al planteamiento de que este razonamiento privaría al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente un acto rasgado de catarsis, ANDRÉS IBÁÑEZ niega la existencia de un tal derecho, no sólo porque el inculpado no puede disponer del proceso, sino que también “porque no está al alcance del declarante –ni de nadie– convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo”⁵³².

A pesar de las críticas apuntadas, la STC 81/1998 viene a ratificar la excepción de «confesión voluntaria del inculpado» como idónea para la fundamentación de su condena, aunque la misma verse sobre datos o informaciones obtenidos mediante la violación de un derecho fundamental⁵³³. “En estos casos no se niega la existencia de una conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria del acusado pero, precisamente, la voluntariedad de la misma y el hecho de haber sido practicada con todas las garantías se estima que produce la ruptura del nexo jurídico con la infracción inicial y posibilita su utilización probatoria a los efectos de destruir la presunción de inocencia”⁵³⁴.

En esta dirección apunta la STS 1396/2011, que frente a la declaración de nulidad de un registro domiciliario indica que, a diferencia de lo que sucede con la declaración de los agentes policiales sobre la diligencia o sobre lo que el imputado les haya declarado en sede policial, que no pueden sanar en raíz la nulidad de la diligencia (STS 1168/2010 de 28 de Febrero y las allí citadas, así como STC 68/2010); el reconocimiento efectuado por el imputado en el Plenario

Comunidades Europeas para el caso alemán Gäfgen STEDH 30 de junio de 2008, Sec. 5ª, Recurso n. 22978/05); STS 4 abril 2003 (RJ 2003, 3848); Voto particular de ANDRÉS IBÁÑEZ, en STS 1/2006, de 9 de enero. En doctrina igualmente, *vid.*: ASENCIO MELLADO, José María, “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, *op. cit.* (n. 134), p. 90 ss. En una posición intermedia: STS 18 julio 2002, reiterada en STS 2/2011, Pleno, de 15 de febrero de 2011, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo, que si bien admite que una confesión voluntaria y debidamente asistida pueda romper el nexo de antijuridicidad, señala que tal ruptura sólo es predicable respecto del confesante, y no respecto de los coimputados que no hubiesen declarado, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito.

⁵³² Voto particular en STS 1/2006, de 9 de enero; ideas reiteradas en su voto particular de STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, f.j. 4º.

⁵³³ STC 161/1999; 239/1999; 8/2000; 184/2003. STS 28 mayo 2003 (R. Ar. 8597), 3 junio 2002 (R.Ar. 8792), 20 noviembre 2001 (R. Ar. 1281).

⁵³⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, *op. cit.* (n. 30), p. 124 s. y 134. Igual constatación efectúan DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, *op. cit.* (n. 7), p. 128 s. “No hace falta seguir negando un hecho irrefutable: la confesión no habría tenido lugar de no existir la lesión del derecho fundamental, por lo que existe un nexo de causalidad innegable entre ambas. Con la nueva herramienta que proporciona la STC 81/1998 –la conexión de antijuridicidad– lo único que hay que argumentar es la independencia jurídica de la confesión respecto de la lesión del art. 18.2. El resultado estaba cantado. Si en 1995, sin la conexión de antijuridicidad, se había proclamado la absoluta independencia de la prueba respecto de la lesión del derecho fundamental, en 1999, con la teoría de la independencia jurídica, perspectiva interna..., el resultado tenía que ser el mismo, aun aceptando la relación indirecta de la confesión con la lesión del art. 18.2; la independencia jurídica que brinda la conexión de antijuridicidad salva el escollo de la innegable dependencia fáctica, que ya no hay por qué intentar encubrir”. Cfr. a favor de la aplicación de la doctrina de desconexión de antijuridicidad en este supuesto: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, *op. cit.* (n. 214), p. 90 s., aunque con contradicciones ya que más adelante, en p. 116 s. reconoce que no le falta razón a esa otra línea jurisprudencial que niega validez a dicha declaración.

sobre los objetos que se le ocuparon, no es susceptible de objeción y constituye prueba totalmente válida por haber sido advertido de sus derechos y contar con asistencia letrada. Por lo que, no obstante, declara, su manifestación autoincriminatoria puede ser valorada por provenir de una fuente de prueba independiente de la nulidad del registro (SSTS de 14 Abril 2005; 273/2007; 1130/2009, así como SSTC 91/98; 239/99 y 299/2000)⁵³⁵.

Sin embargo, infinitamente más garantista, resulta, en cambio, la STS 1432/2011⁵³⁶, dictada con una diferencia de pocos días de la anterior. Esta sentencia, no obstante enmarcarse formalmente con la doctrina mayoritaria del TC y el TS, indica en su f.j. 6º, número 3 que la doctrina del TC determinante en materia de garantías constitucionales, sólo constituye un

⁵³⁵ STS 1396/2011, Sec. 1ª, de 28 de diciembre de 2011, ponente Joaquín Giménez García, f.j. 1º, motivo primero. Los requisitos jurisprudenciales para la desvinculación de ilicitudes, se encuentran en: SSTS 406/2010, de 11 de mayo; 529/2010, de 24 de mayo; 617/2010, de 22 de junio; 1092/2010, de 9 de diciembre; y 91/2001 de 18 de febrero, entre otras. Agreguemos también, entre las anteriores a aquéllas, las SSTS 161/2009, de 3 de noviembre; 1048/2004, de 22 de septiembre; 498/2003, de 24 de abril; y 2210/2001, de 20 de noviembre. De reciente, esta posición mayoritaria del TS, se encuentra recapitulada en las SSTS 316/2011, de 6 de abril; 1113/2011, de 18 de octubre; STS 808/2011, de 15 de julio de 2011, f.j. 4º; STS 644/2011, de 30 de junio de 2011, f.j. 7º; STS 460/2011, de 25 de mayo; STS 2/2011, Pleno, de 15 de febrero de 2011, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo. Recordemos que a nivel de TC se encuentran las SSTC 138/2001; 299/2000; 154/1999; 94/1999; 49/1999; 81/1998. Anotamos a continuación la síntesis explicativa contenida en STS 1045/2011, Sec. 1ª, de 14 de octubre de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 2º, reiterada textualmente en STS 940/2011, Sec. 1ª, de 27 de septiembre de 2011, f.j. 29º; STS 644/2011, Sec. 1ª, de 30 de junio de 2011, f.j. 7º; y STS 465/2011, Sec. 1ª, de 31 de mayo de 2011, todas del mismo ponente: “Por otra parte se ha mantenido la desconexión de antijuricidad por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración de autoincriminatoria, no solo de acusado en plenario (SSTC 136/2006 de 8.5 , 49/2007 de 12.3) sino incluso de imputado en instrucción (SSTC 167/2002 de 18.9, 184/2003 de 23.10) «en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas». En igual dirección esta Sala, STS 1129/2006 de 15.11, ha precisado que «En consecuencia, en las condiciones antes descritas, la confesión de los hechos por parte del imputado o acusado, que puede obedecer a distintas causas, debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre, producto de una opción entre las distintas que la situación le ofrece, y cuyas consecuencias debe asumir. Es posible, por lo tanto, valorar tal declaración como prueba de cargo válida, en tanto que desvinculada de la prueba ilícita», y STS 812/2006 de 19.7 «A este respecto, conocida jurisprudencia del TC (por todas, STC 8/2000, de 17 de enero), ha declarado que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que puedan considerarse jurídicamente independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad material . Un supuesto de este género es el que concurre cuando, por ejemplo, lo conocido inicialmente a través de una interceptación telefónica ilegítima, tiene luego válido acceso al juicio y al conocimiento judicial merced a la confesión de los acusados, que hubieran aceptado que, en efecto, los hechos postulados como tales por la acusación habían tenido ciertamente lugar. Más en concreto la STC 136/2006, de 8 de mayo, se ha pronunciado sobre la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión en supuestos como el presente, entendiéndolo que «los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, «las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental» (STC 161/1999 de 27.9)”.

⁵³⁶ STS 1432/2011, Sec. 1ª, de 16 de diciembre de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 3º a 4º.

mínimo, que no es obstáculo para una interpretación jurisprudencial ordinaria que resulte más exigente en la intensidad protectora de dichas garantías. Por esta razón, dado que en el presente caso la sentencia no daba cuenta del contenido de las supuestas admisiones por parte de los acusados, ni si éstos conocían al declarar en juicio el alcance de sus manifestaciones, que en ese momento no había sido excluido del material probatorio (intervenciones telefónicas ilícitas), concluye que lo manifestado por los acusados debe ser excluido en cuanto vinculado a la antijuridicidad de los precedentes medios probatorios.

Esto es, termina por acoger uno de los argumentos doctrinales para manifestarse contrarios a la desconexión de antijuridicidad de este tipo de confesiones. El hecho que la declaración tenga lugar sin que aún se haya declarado la ilicitud del material probatorio, es el elemento central para desvirtuar la existencia de una voluntad propiamente libre e informada, que finalmente puede llevar a injustos materiales fácilmente aprehensibles en situaciones de pluralidad de acusados. En estos casos, no obstante la declaración de ilicitud de todo el acervo de cargo, de todos modos resultarán condenados quienes, pecando en algún sentido de ingenuidad, se decidieron a prestar declaración; mientras que aquéllos, más fuertes de espíritu, que hayan guardado silencio serán ampliamente absueltos⁵³⁷. Ejemplo de esta clara injusticia material se encuentra en STS 460/2011, que no obstante poseer idéntica pretensión en orden a efectuar una interpretación más exigente en la intensidad protectora de dichas garantías, termina distinguiendo entre la confesión obtenida en sede sumarial y en plenario en juicio oral, con una notable inconsistencia de razonamiento.

En efecto, el TC estima que: “No cabe duda que la situación del detenido, aún bien informado, era hartamente sugestiva pues acababa de ser objeto de detención, gracias a las fuentes ilícitamente obtenidas, portando en su organismo alojados cuerpos extraños, que determinaron su ingreso en un centro hospitalario y que no habían sido extraídos cuando el atestado se remite al Juzgado. La proximidad temporal entre esa declaración y la activación de las fuentes de ilícita obtención que culminaron en su detención es evidente. Por ello, como decíamos en la última sentencia dictada, resulta hartamente dudosa la espontaneidad de la declaración. Por todo ello concluimos que no cabe predicar la exclusión de antijuridicidad en esa declaración ante el Juez de Instrucción. Lo que hace de ésta una prueba no válida y deja en pleno vacío probatorio la imputación por la que se le condena”. Sin embargo, su f.j. 17° y 12°, respectivamente, no extiende a los penados no recurrentes⁵³⁸ y rechaza la pretensión absolutoria de los imputados

⁵³⁷ Ejemplo de ello, *vid.* STS 1113/2011, Sec. 1ª, de 18 de octubre de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 3° n. 3, párr. final: “En cambio, no puede decirse lo mismo con respecto a los ocho acusados que han sido condenados en la instancia con su conformidad y que no han recurrido la sentencia. La admisión de su autoría en los hechos en la vista del plenario, asistidos de sus letrados y cumplimentándose por tanto todas las garantías legales y constitucionales, rompe, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, el nexo de antijuridicidad de las pruebas derivadas de las intervenciones telefónicas, y aboca a la ratificación de la autoría delictiva de las personas que han sido condenadas con su conformidad fáctica y jurídica. De ahí que no pueda aplicarse a ellos el efecto extensivo del fallo absolutorio a que se refiere el art. 903 de la LECr”.

⁵³⁸ Cfr. STS 286/2011, Sec. 1ª, de 15 de abril de 2011, ponente Luciano Varela Castro, cuyo f.j. 3° extiende la estimación del motivo esgrimido por una acusada a la otra que no había recurrido en base a éste: “Fue esta acusada la que en el juicio oral, cuya acta hemos examinado al amparo del art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscitó el incidente sobre ilicitud de la intervención telefónica, que llevó a la detención de la acusada y ocupación

recurrentes sobre la base de que todos ellos, renunciando a su derecho a guardar silencio, decidieron declarar en el juicio oral debidamente apercibidos e informados, olvidando que a esas alturas aun no se procedía con la declaración de ilicitud de la fuente de prueba gatillante y estructural de todo el acervo probatorio (destáquese el hecho de declarar la extensión de la declaración de la prueba ilícita a su respecto, debiendo solamente justificarse la no extensión a éstos de sus efectos reflejos)⁵³⁹.

De todos modos, es conveniente señalar que, tal como lo ha indicado CAMPANER MUÑOZ, la jurisprudencia española “ha tratado y aplicado la confesión precedida de una prueba ilícita como una excepción autónoma, sin percatarse que constituye una especie (con mucho, la más importante desde el punto de vista cuantitativo) del género nexa causal atenuado”, que en todo caso es una excepción que no puede tener cabida en el ordenamiento jurídico español, “por cuanto, más o menos atenuado, lo relevante es que el nexa causal sigue existiendo y, hallándose vigente, inexorablemente debe abocar a la aplicación de la regla de exclusión prevista en el artículo 11.1 LOPJ”⁵⁴⁰. De ahí que, por ejemplo, la STS 747/2015⁵⁴¹, incurra en la

en su poder de la droga que se dice en el hecho probado. Aún cuando ahora en el recurso es el otro acusado, y no esta recurrente, la que suscita ante nosotros la misma cuestión, de conformidad con lo dispuesto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de partirse de lo decidido respecto a tal cuestión al resolver aquel otro recurso. En efecto no es cuestionable que a ambos acusados afecta en idéntica medida el resultado de la fuente probatoria cuya ilicitud hemos declarado. Por ello hemos de decir que a esta recurrente también le es aplicable la consecuencia que deriva de la estimación del motivo formulado por el coacusado. Excluido pues el contenido reportado por la ilícita intervención telefónica y el, por virtud de la misma, obtenido tras la detención de la acusada, solamente posible en virtud de aquella intervención telefónica, resta un absoluto vacío probatorio que justifique la imputación de la posesión de droga cuyo conocimiento nunca habría sido adquirido, de no mediar el ilícito comportamiento de la investigación. Lo que nos lleva a la estimación de este motivo por virtud de la citada extensión de los efectos de la estimación del anterior motivo. Y ello con los efectos que estableceremos en nuestra segunda sentencia sin necesidad del examen de los demás motivos.

⁵³⁹ STS 460/2011, Sec. 1ª, de 25 de mayo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 8º Nº 3. Igualmente *vid.*: STS 320/2011, Sec. 1ª, de 22 de abril de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar, f.j. 5º; STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro.

⁵⁴⁰ CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 93 a 96 (sobre el tema, en extenso, *vid.* Capítulo IV, p. 149 ss., *passim*). Idéntica constatación efectúa MIRANDA ESTRAMPES a propósito de la STC 86/1995, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 126: “dicha sentencia parece inspirarse en la excepción del nexa causal atenuado (*attenuated connection principle o purged taint*) elaborada por la jurisprudencia norteamericana”, y aplicada en el caso *Wong Sun vs. US*, 371 U.S. 471 (1963) [citada, por lo demás, expresamente en STS 1451/2003, de 26 de noviembre y acogida también en STS de 28 de abril de 1995]. Sobre la aplicación de la excepción del nexa causal atenuado en materia de testigos “descubiertos” merced a una diligencia de investigación violadora de derechos fundamentales, aun cuando se pretenda presentarle como aplicación de la excepción de fuente independiente, *vid.* STS núm. 60/1997, de 25 de enero, donde la investigación policial termina con la detención ilegal de la acusada en el Aeropuerto para ser conducida a la Comisaría de Policía, donde si bien en un primer momento no se le encuentra cantidad alguna de droga, y con independencia de la validez inicial de la detención, se estableció que lo verdaderamente determinante para la inculpación de la recurrente había nacido de manera autónoma y de forma espontánea cuando el taxista que la había transportado al Aeropuerto, al realizar una limpieza del taxi encontró el paquete con droga entre el asiento y la puerta. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales, que unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida intermediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. Sobre su aplicación en otros supuestos bajo la

inconsistencia de afirmar por una parte, la existencia de un «nexo sustancialmente diluido» y por otra, una «desconexión del vínculo causal» de dos diligencias judiciales de investigación, para justificar la procedencia de la valoración de las piezas de convicción halladas en los registros domiciliarios llevados a cabo con posterioridad a la diligencia de instalación de dispositivos electrónicos para la captación y grabación de sonidos.

Una cierta corrección a la tendencia jurisprudencial mantenida hasta ahora por el TC, en el sentido crítico *supra* anotado, puede identificarse en la reciente STC 54/2015⁵⁴², que en materia contencioso administrativa tributaria, rechaza lo sostenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra por la que se había acordado desestimar el recurso por el denunciado acceso y subsiguiente registro en la sede social de la recurrente, sin respetar las exigencias legales y con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE, y que solicitaba se declarase la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado. Se trataba de una entrada y registro efectuada sin las debidas garantías de advertencia previa y lectura de derechos, en que funcionarios habilitados de la empresa otorgaron igualmente autorización para su práctica.

El TC desestima la desconexión de antijuridicidad apreciada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que –siguiendo la doctrina de la Sala 2ª *mutatis mutandi* en jurisdicción contencioso-administrativa–, había otorgado a la confesión del acusado un efecto interruptor del nexo entre la nulidad declarada (de la entrada y registro) y la resolución final. El TC no sólo ratifica la lesión al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio por haberse efectuado el ingreso sin la advertencia previa que los funcionarios estaban obligados a hacer, sino que además se pronuncia sobre la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) en relación a la garantía de no autoincriminación, por haber desconectado, como hace la sentencia impugnada, las actuaciones reputadas nulas y el reconocimiento de hechos del representante de la empresa demandante, realizado para evitar un proceso penal respecto de tres de los ejercicios inspeccionados, concediendo a esta conformidad una eficacia sanadora o determinante.

En el f.j. 8º, el TC concluye que sí se ha producido la vulneración de la garantía de no autoincriminación reconocida en el art. 24.2 CE⁵⁴³, siendo improcedente la convalidación

denominada existencia de independencia jurídica, *vid.* STC 66/2009, de 9 de marzo; STS 556/2006, de 31 de mayo y su voto particular del Magistrado Giménez García.

⁵⁴¹ STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º Nº 3.

⁵⁴² STC 54/2015, Sala 2ª, 16 de marzo de 2015 (BOE Nº 98, de 24 de abril de 2015), p. 26-39.

⁵⁴³ Según el TC en el f.j. 7º párr. 3: “Para dar respuesta a la cuestión, debemos partir de nuestra doctrina que, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, ha declarado la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, y ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE. Ello, no solo mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (por todas, STC 59/2014, de 5 de mayo, FJ 3)”. A continuación, en los párrafos 5 y 6, se dedica a especificar el contenido de la garantía de no autoincriminación en el ámbito internacional, para luego –en el párr. 7 del mismo– indicar que: “A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, nuestra Constitución sí menciona específicamente en su art. 24.2 los derechos a «no

operada por el Tribunal Superior de Justicia. Aunque pareciera ser que el argumento crucial fuese el hecho de que el consentimiento se hubiese otorgado en un procedimiento diverso, el meollo del asunto se encuentra en cambio en la consideración que el tribunal efectúa en materia de prueba derivada. En efecto, el TC indica que la Sentencia impugnada no cumple con los requisitos de la doctrina de desconexión de antijuridicidad, “por cuanto que la prueba declarada ilícita se convalida con base a un reconocimiento de hechos que se realiza en otro expediente, en lo que aparece como una prueba derivada indirecta y que por ello no puede alcanzar el valor de confesión cuando, como en este caso, la recurrente había expresado su disconformidad en relación con los actos aquí impugnados precisamente con fundamento en la ilicitud de la actuación inspectora”. Como se advierte, la argumentación de fondo, parece apuntar a la violación de un segundo derecho fundamental en modo originario, que tiene carácter procesal y que en sus efectos parece seguir el mismo régimen de ineficacia regulado en el art. 11.1 LOPJ.

ii. Descubrimiento probable o hipotéticamente independiente

La llamada excepción de «descubrimiento inevitable» desarrollada por las cortes norteamericanas estatales y convalidada por la CS en el caso *Nix vs. Williams* (1984), constituye una variante de la fuente independiente, en base a la cual no se interroga sobre si la policía ha efectivamente obtenido una determinada prueba de una fuente no contaminada, sino que se contenta de un juicio hipotético sobre si la prueba, obtenida derivadamente, habría sido o no igualmente descubierta actuando correctamente⁵⁴⁴. Es decir, pretende romper la ilicitud de que adolece una prueba derivada de la ilícita, en base a una presunción de «inevitabilidad» que patenta la innecesaridad del efecto disuasorio y que por tanto justifica su admisión.

En España tal excepción había sido reconocida en la STS de 4 de julio de 1997 (R. Ar. 6008), f. j. 4º, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente⁵⁴⁵.

declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables», que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). Este reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes ente el orden penal y el administrativo sancionador, precisando que «los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido» (entre otras, SSTC 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 3; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4; y 142/2009, de 15 de junio, FJ 4)».

⁵⁴⁴ Para una síntesis de los extremos de estas excepciones en el ámbito estadounidense, *vid.*: KAI, Ambos, “La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, *op. cit.* (n. 136), 2013, 28 p.

⁵⁴⁵ Reconociendo la doctrina del descubrimiento inevitable, *vid.* STS 21 mayo 2002 (RJ 2002/7411), aunque parece confundir la doctrina del descubrimiento inevitable, con aquella del hallazgo casual. En efecto, STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro, f.j. 4º N° 3, termina por convertir

La gran crítica que provocaba esta excepción decía relación con su carácter puramente conjetural, susceptible de continua degradación en términos de ambigüedad, que por lo mismo se opone a las exigencias del respeto a la presunción de inocencia⁵⁴⁶. A partir de la STC 81/1998, gracias a la doctrina de la conexión de antijuridicidad, la misma se ha traducido en la aceptación de la excepción de «descubrimiento probablemente inevitable»⁵⁴⁷. Con tal excepción se hace referencia “a todos aquellos supuestos en que se considera que la actuación inconstitucional no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona”. Por el

a ambas en sinónimos. Sobre la doctrina del TS en materia de «hallazgo causal», véase la síntesis contenida en STS 818/2011, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 2º: “(...)Por ello el principio de especialidad justifica la intervención sólo al delito investigado, pero especial mención merecen ya en la fase de ejecución de la medida interventora de las comunicaciones telefónicas, los llamados en la doctrina «descubrimientos ocasionales» o «casuales», relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o a terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido. La solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales no es uniforme en la doctrina y así en la STS. 25/2008 de 29.8, distinguimos: 1) Si los hechos descubiertos tienen conexión (art. 17 LECrim.) con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba. 2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera «notitia criminis» y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso. Por tanto rige el principio de especialidad que justifica la intervención solo al delito investigado (STS. 3.10.96) pero los hallazgos delictivos ocasionales son «notitia criminis», sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida a seguir investigando el nuevo delito (SSTS. 31.10.96, 26.5.97, 6 19.1 y 23.11.98). En este sentido la STS. 792/2007 de 30.5, recuerda que como señaló la sentencia 276/96 de 2.4, en estos supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría por ejemplo, la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado o en una intervención telefónica acordada para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación. Así dice la referida resolución: Especialidad; principio que significa que «no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos» y que «no es correcto extender autorización prácticamente en blanco», exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SS.TS. 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994); así como que no puede renunciarse a investigar la «notitia criminis» incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque (STS. 15 de julio de 1993)”. Luego, en materia de entrada y registro el TS efectúa una importante precisión en STS 103/2015, Sec. 1ª, de 24 de febrero de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 5º: “Pero esa doctrina de la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento de los efectos que permiten afirmar la existencia de un segundo delito sumado al inicialmente perseguido, ha de producirse durante el desarrollo de una diligencia de registro no afectada de nulidad. Carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido”.

⁵⁴⁶MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 128 s.; DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 87 s.; CEDEÑO HERNÁN, Marina, “*Algunas cuestiones suscitadas en torno a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional*”, op. cit. (n. 444), p. 208.

⁵⁴⁷ SSTC: 49/1999; 94/1999; 139/1999; 161/1999; 171/1999; 238/1999; 239/1999; 8/2000; 50/2000. Cfr. STC 167/2002. En el sentido de admitir la excepción en sede de TS: STS 6 mayo 2002 (R.Ar. 5456)

contrario, habrían existido líneas de investigación no viciadas ya puestas en marcha, «a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba», siendo ello suficiente motivo para considerar que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental no ha sido indispensable ni determinante para la obtención de la prueba en cuestión. Esta última característica habría sido introducida por la STC 81/1998 a través del cuño de la expresión «dato neutro», y que luego, ha experimentado abundante reconocimiento jurisprudencial, siendo objeto del mismo orden de críticas ya formuladas con anterioridad.

En efecto, debe tenerse presente que, “esta construcción produce, *de facto*, una reducción del estándar de *inevitabilidad* exigido en la excepción norteamericana del *inevitable discovery*, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aun cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar. Por tanto, el estándar de *inevitabilidad* se sustituye por el menos exigente de *probabilidad*, ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión”⁵⁴⁸.

IV. Insuficiencia de los enfoques argumentativos tradicionales en el marco de la «naturaleza jurídica» de la regla en el régimen general de exclusión de prueba

Tal como se hizo en el capítulo precedente, a modo de conclusión e introducción del siguiente, se exponen a continuación las consideraciones que suscita el examen comparado de la naturaleza jurídica atribuida a la regla que impone la inutilizabilidad/inefectividad de la prueba obtenida con infracción de las prohibiciones establecidas por la ley, particularmente aquella referida a la violación de derechos fundamentales.

1. Inefectividad del principio de neutralidad psíquica del juzgador

De cuanto anotado se advierte, que más allá de la existencia de una audiencia o fase intermedia estructurada ante un órgano jurisdiccional diverso de aquél encargado de conocer y juzgar, ninguno de los dos sistemas satisface la pretendida imparcialidad del tribunal en orden a la no contaminación psicológica con elementos probatorios que, en definitiva, no debería tener en cuenta para la decisión final. En efecto, ambos permiten discutir sobre la legitimidad de la prueba durante todo el desarrollo del juicio oral. Mientras en el ordenamiento español se indica expresamente que la discusión puede ser replanteada en cada sesión de la vista del juicio; en el sistema italiano la cuestión surge debido a las alegaciones sobre la efectiva utilizabilidad que las partes pueden formular respecto de la prueba ya admitida en el fascículo del juicio.

⁵⁴⁸MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 150. Para una crítica sobre el parámetro de posibilidad lógica, *vid.*: MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, op. cit. (n. 119), p. 1058 s.

Como se verá en el capítulo siguiente, la cuestión es aun más problemática en el ordenamiento italiano, debido a la existencia de hipótesis en que se superpone el régimen de inutilizabilidad y de nulidad, debido precisamente a la identificación de prohibiciones probatorias referidas al *quamodo* de la prueba, y por ende referidas a su rendición. El parangón de esta controversia en el marco español puede trazarse con la discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho fundamental susceptible de provocar la aplicación de la norma del art. 11.1 LOPJ, más precisamente en lo que respecta a aquellos de carácter procesal y a los derechos constitucionales no fundamentales sometidos ambos al tratamiento de prueba irregular *ex art.* 238.3 LOPJ. Bajo la óptica de este último ordenamiento, en todo caso, la situación se vuelve más crítica en virtud de dos aspectos: el hecho de que no exista una adecuada concepción del efecto reflejo; y la artificial distinción que reduce la aplicación del art. 11.1 LOPJ a una fase exclusivamente preprocesual.

Si a lo anterior se suma la necesidad de preparar el correspondiente recurso, ocurre que luego de la admisión de la prueba, el debate debe ser reiterado antes y después de la práctica de la misma; sobre todo porque, como se indica por la casi totalidad de la dogmática de ambos ordenamientos, es precisamente luego de la práctica de la prueba cuando pueden surgir antecedentes que determinen que la obtención de ésta haya sido operada con infracción de prohibiciones establecidas por la ley.

2. Similares problemáticas respecto de la impugnación en caso de inaplicación de la norma

A pesar de que el ordenamiento italiano reconozca su naturaleza jurídica de regla de exclusión y la haga consistir en una «prohibición de admisión de prueba», y cuente con una sanción procesal *ad hoc* que se materializa en una causal autónoma de casación; resulta está que la inaplicación de la regla de todos modos sitúa al juez frente a ella, en la fase de valoración de la misma, manifestándose los mismos inconvenientes que se presentan en el ordenamiento jurídico español que –desconociendo mayoritariamente su naturaleza jurídica de regla de exclusión– se limitan a considerarla una «prohibición de valoración».

Así las cosas, ocurre que en ambos sistemas jurídicos el modo de impugnar la inaplicación de la norma redundante en su consideración como vicio *in procedendo* que produce efectos *in iudicando*, con lo que –ambos– introducen un requisito de trascendencia del vicio que se analiza desde la perspectiva de la validez de la sentencia desde una «prueba de resistencia» de la decisión condenatoria, con la supresión mental de la prueba que debió ser inadmitida y que, forzosamente encuentra sustento en una eventual infracción del derecho a la presunción de inocencia.

Otro aspecto común detectado en el régimen recursivo comparado, es que finalmente termina por plantearse la necesidad de preparación de los respectivos recursos con las protestas de parte que correspondan. De este modo, que se exija la alegación de parte, desnaturaliza su consideración como regla de conducta dirigida al juez que –en atención a la relevancia de los intereses que se pretenden tutelar– debiese propender a la aplicación oficiosa de la norma.

Es de concluir que el origen de estas controversias debe ubicarse en la ausencia de una debida consideración del «efecto» de la aplicación de la norma, en términos funcionales. Es decir, qué es lo que se pretende significar cuando se habla de inutilizabilidad de la prueba o de privación de efectos de la misma: debiese profundizarse acerca de la real significación de no-uso del elemento probatorio viciado, según si el mismo debe entenderse reducido a su utilización en la reconstrucción del hecho a efectos condenatorios; o si, por el contrario debiese entenderse que el mismo no pueda ser objeto de resolución judicial alguna.

3. Generalizada resistencia a reconocer la aplicación del efecto reflejo

Dado que en ambos contextos el análisis del efecto reflejo se hace en miras de una interpretación restringida con el objeto de no conculcar la máxima actividad probatoria del derecho a la prueba, resulta que en los dos ordenamientos se termina por perder de vista su función de garantía dirigida a una real efectividad de la inadmisión de prueba originalmente prohibida.

Desde esta perspectiva el fundamento axiológico sobre la existencia de las normas consagradas en los arts. 191 c.p.i. y 11.1 LOPJ constituye papel mojado, toda vez que la aplicación del efecto reflejo se hace consistir en el instrumental criterio del efecto disuasorio, que nada tiene que ver con la tradición jurídica de dichos ordenamientos.

La actitud resistente a su aplicación se advierte en el modo en que se intenta construir el reconocimiento de la relación causal entre el acto ilegítimo viciado originalmente y la prueba obtenida subsecuentemente al mismo. Mientras en Italia se busca alcanzar su utilidad abogando a su consideración en términos de relación causal solamente natural; en España el mismo objetivo ha sido pretendido a través de la creación de un nexo causal jurídico capaz de romper el primero.

Confirma, por último, esta resistencia, el recurso a juicios de ponderación con otros derechos fundamentales específicamente concurrentes, y que por intermedio del derecho fundamental a la prueba, se identifica en el prioritario ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Así, a través del desarrollo jurisprudencial de la obligatoria aprehensión del «cuerpo del delito» o del «fin constitucionalmente legítimo», se termina por dar cabida a la doctrina del *male captum bene retendum*, con lo cual se soslaya toda discusión que pueda ser planteada con ocasión de la relación causal antes explicada.

En resumidas cuentas, más allá de que el sistema italiano represente una innovación por la incorporación de un tratamiento *ad hoc* de la prueba prohibida, ocurre que la oportunidad procesal que ambos ordenamientos prevén a efectos de denunciar y solicitar la declaración de ilegitimidad/ilicitud respecto de una determinada prueba y los inconvenientes que produce el hecho que la cuestión sea resuelta en la sentencia, dan pie a que ambos sistemas desplieguen todas las notas distintivas que ARMENTA DEU ha puesto de manifiesto en su revisión de diversos ordenamientos, a saber: *i*) la ausencia de regulación de un tratamiento procesal *ad hoc* efectivo; *ii*) la resistencia a extraer del «dossier» los datos obtenidos ilegítima/ilícitamente, y *iii*) una tendencia a examinar la respectiva denuncia 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 más difundido aún, permitir que continúe en el proceso hasta el final, encomendando al juez su examen, que de resultar positivo acarrearía su exclusión sin poder valorarlo a efectos de condena⁵⁴⁹.

Cuanto concluido, también ha sido denunciado como nudos críticos por la literatura especializada, que a modo de solución se ha interrogado acerca de la posibilidad de proceder a la expulsión del material probatorio en fases anteriores al juicio y a reflexionar sobre la efectiva existencia de una prohibición de valoración. Dado que estos aspectos requieren profundizar sobre el carácter de la prohibición probatoria y la real dimensión del efecto, el siguiente capítulo se dedica a su estudio.

Capítulo Tercero

SUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: PROHIBICIONES PROBATORIAS Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

SUMARIO: I. Antecedentes del proceso de reforma del c.p.p.i. de 1930: 1. Premisa de la reforma: principio de contradicción en la formación de la prueba; 2. Posiciones doctrinales frente a la reforma: a) Posición refractaria a la reforma y principio de libre convencimiento del juez; b) Solución prospectada por Cordero y Carnelutti: prohibición de utilización de prueba formada sin contradictorio; c) Solución prospectada por Nuvolone: anticipación de la contradicción; d) Solución mixta prospectada por el c.p.p.i. de 1988. II. Premisas de la posición mayoritaria bajo la vigencia del código de 1930: 1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del libre convencimiento del juez: a) Configuración del «procedimiento probatorio» en la tesis corderiana; b) Conceptualización corderiana del «procedimiento probatorio» subyacente en el sistema español; 2. Consecuencias de la conceptualización de «procedimiento probatorio» en materia de «prueba ilícita»; 3. Categorías de «invalidez» e «ilicitud» de los actos procesales: normas de competencia y normas de mandato. III. Tesis postuladas por la posición mayoritaria bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930 y argumentos para su perpetuación al alero del c.p.p.i. de 1989: 1. Desestimación de otras fuentes normativas sustanciales (penales y constitucionales) como fuentes de prohibiciones probatorias: a) Negación de la categoría autónoma de «prueba ilícita»: i) Tajante separación entre derecho sustantivo y adjetivo e inexistencia de regla expresa de inadmisibilidad de prueba en virtud de su «ilicitud sustancial»; ii) Imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad ordinaria para la inadmisión de «prueba ilícita»; b) Negación de la categoría autónoma de «prueba inconstitucional»: imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad constitucional para la inadmisión de «prueba ilícita»: i) Posición doctrinal mayoritaria continuadora de la tesis corderiana; ii) Posición minoritaria contraria a la tesis corderiana; iii) Especial referencia a las conductas ilícitas del privado; 2. «Poder instructorio del juez» como criterio identificativo de prohibiciones probatorias: a) Formulación original del criterio y su perpetuación a propósito de la inutilizabilidad. Antecedentes de la doctrina del *male captum bene retendum*; b) Consideraciones críticas formuladas por la doctrina y criterio de la «naturaleza del interés protegido»; c) *Segue*. Inutilizabilidad y principio de taxatividad del vicio-sanción vs. principio de no sustitución; d) *Segue*. Falta de reconocimiento del principio de no sustitución en el marco español. Análisis de la expresión «prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales»: i) Infracción «directa e indirecta» de un derecho fundamental: principio de no sustitución débil; ii) Uso «directo e indirecto» de prueba obtenida con infracción de un derecho fundamental en vía originaria: efecto reflejo; e) Lectura personal crítica al «poder instructorio» desde la naturaleza intrínseca de las normas de mandato: i) Normas de mandato: concepto de «antijuridicidad» del acto y proporcionalidad de la invalidez; ii) Normas

⁵⁴⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 135 s.

de competencia y su efecto disuasorio «reforzado» mediante normas de mandato. IV. Ámbito de operatividad de la «prohibición de utilizabilidad»/«prohibición de valoración» de «prueba prohibida» en fase de «valoración»: 1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del convencimiento del juez: a) Errónea identificación del desvalor atribuido a las pruebas legales bajo el *ancien régime*; b) Correcta lectura del principio del libre convencimiento del juez y diversa conceptualización del procedimiento probatorio; c) Prohibición de inutilizabilidad del c.p.p.i de 1988 y prohibición de valoración española; d) Consecuencias respecto del régimen recursivo; 2. Distinción entre principio de libre valoración de la prueba y principio del convencimiento del juez: «motivación-actividad» y «motivación-producto»: a) Distinción en el contexto italiano bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988; b) Distinción sostenida en el contexto español: i) Ausencia de una adecuada distinción en conexión con su ubicación en el marco del procedimiento probatorio; ii) Perspectiva personal crítica desde la óptica del derecho fundamental a la presunción de inocencia (regla de juicio) y el principio *in dubio pro reo*; c) Inevitable influencia psicológica de la prueba prohibida en la decisión: i) Necesaria configuración de las prohibiciones probatorias en clave de regla de exclusión en sentido técnico; ii) Insuficiencia de la exigencia de una declaración expresa de inutilizabilidad/ineficacia; iii) Principio de presunción de inocencia como principio estructural del sistema; 3. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» del art. 191 c.p.p.i. y aplicación del régimen de inutilizabilidad únicamente a la prueba constituida: a) Interpretación restringida referida únicamente a la «prueba constituida» en conexión al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»: i) Consideraciones en torno a la «prueba constituida» y «prueba constituita»; ii) Consideraciones en torno al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»; b) Interpretación amplia comprensiva de «prueba constituida» y «constituita»; c) Enfoque personal crítico al rechazo de la prueba constituita: i) Doble naturaleza jurídica de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba; ii) Interpretación funcional de las «prohibiciones probatorias»; 4. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» y ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de admisión» de prueba en fases anteriores al juicio: a) Posición doctrinal contraria a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar; b) Posición doctrinal favorable a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar; c) Debate en el contexto español relativo a la posibilidad de declaración de exclusión de prueba en forma previa al juicio oral; 5. Efectivo ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de asunción» de prueba y su superposición con hipótesis de nulidad: a) Extremos del debate en el contexto italiano: «pruebas adquiridas»: i) Posición doctrinal contraria al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba; ii) Posición doctrinal favorable al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba; iii) Soluciones interpretativas en caso de sobreposición de sanciones; b) Extremos del debate en el contexto español: «pruebas obtenidas»; 6. Efectivo reconocimiento de «reglas probatorias de asunción» de prueba y su absorción en hipótesis de nulidad del art. 238 LOPJ: a) «Pruebas obtenidas» en sentido material: ilicitud en fase preprocedimental y en fase de investigación con infracción de legalidad constitucional: i) Posición restringida a los derechos fundamentales de carácter sustancial de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución; ii) Posición intermedia de los derechos fundamentales de carácter sustancial y ciertos derechos de carácter procesal; iii) Posición extensiva a los derechos «constitucionales»; b) «Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de investigación preliminar por infracción de legalidad ordinaria (primer supuesto de prueba irregular): i) Posición mayoritaria y tratamiento de las pruebas irregulares *ex art. 238 y ss. LOPJ*; ii) Prueba irregular: principio de subsanación y conservación de los actos procesales; iii) Posición intermedia: pruebas irregulares susceptibles de integrar hipótesis de infracción constitucional; c) «Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de juicio por infracción de legalidad ordinaria (segundo supuesto de prueba irregular); d) Consideraciones críticas: i) Desconoce un concepto técnico de admisión de prueba; ii) Noción de «efecto reflejo»; iii) Inexistencia de una noción autónoma de reglas de asunción de prueba.

A mi juicio, comprender adecuadamente el modo en que se viene desarrollando la cuestión tanto en Italia como en España, pasa necesariamente por detenerse en el trasfondo de la «inutilizabilidad de la prueba» y la «ineficacia de la prueba», respectivamente. En atención a que la cuestión ha sido tratada con mayor profundidad en la dogmática italiana, efectuaremos un análisis histórico que nos dará luces sobre la situación española y, a su vez resucitará el espíritu de que deben impregnarse las aproximaciones sobre la inutilizabilidad. Con ocasión de este examen, aprovecharé la oportunidad para adelantar ciertas conclusiones relevantes para la contrucción teórica que se abordará en el capítulo final relativo a las conclusiones.

I. Antecedentes del proceso de reforma del c.p.p.i de 1930

1. Premisa de la reforma: principio de contradicción en la formación de la prueba

La doctrina autorizada de la época denunció abiertamente la tendencia degenerativa del sistema procesal mixto que, por el hecho de atribuir fuerza probatoria a la actividad desarrollada durante la fase instructoria y de investigación policial, terminaba por hacer ilusorio el contradictorio desarrollado en juicio⁵⁵⁰. Se propiciaba revalorar la importancia del *dibattimento* como centro de gravedad del proceso, con completa realización del principio de inmediación⁵⁵¹. La cuestión suscitó dos tipos de soluciones, ambas basadas en la premisa que:

⁵⁵⁰ Ello con independencia de las diversas conceptualizaciones con que el principio era entendido. Vid. CONSO, Giovanni, “*Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, *passim*, y particularmente p. 408 s.

⁵⁵¹ A vía ejemplar, en este sentido, *vid.*: ILLUMINATI, Giulio, “*Il nuovo dibattimento: l’assunzione diretta delle prove*”, op. cit. (n. 62), c. 356 s.; NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 260; NOBILI, Massimo, “*La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*”, op. cit. (n. 148), p. 233 ss.; GHIARA, Aldo, “*L’incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori delle legge-delega*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, *passim*, especialmente p. 376 y 380 s.; CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 176, nota 3, p. 179 s.; FOSCHINI, Gaetano, “*La fase della escussione*”, op. cit. (n. 143), p. 476 ss.; CARNELUTTI, Francesco, “*La malattia del processo penale italiano*”, op. cit. (n. 146), p. 5 ss.; Para una síntesis de las críticas formuladas en este sentido al código de 1930 y el modo en que las mismas inspiraron la reforma, *vid.* LOZZI, Gilberto, “*Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 1276-1300; para un análisis más detallado, en cambio, *vid.* PIERRO, Guido, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, op. cit. (n. 161), p. 11 a 38. Para un revisión panorámica del modo en que el nuevo proceso aborda la cuestión, *vid.* LATTANZI, Giorgio, “*La formazione della prova nel dibattimento*”, op. cit. (n. 248), p. 2298-2305. Es del caso hacer presente que similares aprehensiones se experimentaron con ocasión del ordenamiento jurídico español, *vid.* ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 71 “(...) en España, hasta una conocida sentencia del Tribunal Constitucional, en 1981, resonaban por un lado, las conocidas palabras de la Exposición de Motivos de la LECrim. –ya en 1882– denunciando la práctica judicial de resolver con base en lo actuado en la fase sumarial, en tanto, por otro, se acudía con excesiva frecuencia al art. 730 LECrim., que permite

“sólo pueden ser consideradas pruebas en sentido procesal [...], y como tales susceptibles de estar a la base del convencimiento del juez *dibattimentale*, aquellas formadas con pleno respeto del derecho de defensa y que, de una manera u otra, los instrumentos que permitiesen recuperar, a efectos de la decisión, pruebas obtenidas inquisitivamente debían ser completamente estructurados”⁵⁵².

2. Posiciones doctrinales frente a la reforma

a) *Posición refractaria a la reforma y principio de libre convencimiento del juez*

Se trata de aquel sector de la doctrina que consideraba que el declarar irrelevantes (entiéndase sin eficacia) para la decisión los datos obtenidos en fase preliminar, constituía un atentado al principio del libre convencimiento. Esta posición afirmaba que dicho principio: *i*) imponía al juez el deber de procurarse y acceder a todos los elementos adquiridos en fase de preparación de juicio; y *ii*) obligaba a equiparar la prueba adquirida inquisitivamente, sin contradictorio, a aquélla formada con contradictorio en fase de juicio, en modo de impedir cualquier distinción en términos de eficacia gnoseológica a su respecto.

Para esta posición el método acusatorio mismo, con sus formas y distinción de fases, en protección del contradictorio, importaban la involución a un sistema de prueba legal, con la consecuente obstaculización de la búsqueda de la verdad.

Se trata de los partidarios de la llamada «defensa social», cuya matriz histórica, según NOBILI, “se remonta a las enseñanzas de EMANUELE CARNEVALE, quien –aun afirmando la distinción entre principio de libre convencimiento del juez y arbitrariedad– exasperó el principio de la búsqueda de la verdad material, «franca y libre, no entorpecida... por limitaciones sustanciales o rituales», como expresión de la prevalencia de la función punitiva y represiva del proceso penal”⁵⁵³, que como tuvimos ocasión de examinar, tuvo gran influencia sobre el código de 1930 y sobre la jurisprudencia formada a la época.

b) *Solución prospectada por Cordero y Carnelutti: prohibición de utilización de prueba formada sin contradictorio*

leer en el acto del juicio diligencias practicadas en el sumario cuando por causas independientes de la voluntad de las partes no pueden ser reproducidas, lo que propiciaba dictar sentencias condenatorias con el solo fundamento de lo actuado en la instrucción. A partir de la STC de 28 de julio de 1988 se sentó la doctrina conforme a la cual solamente merece la consideración de prueba la producida en el acto del juicio oral, en condiciones de plena vigencia de las garantías esenciales de oralidad, contradicción, inmediatez y publicidad (...).”

⁵⁵²NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 264.

⁵⁵³NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 274.

Una primera solución, principalmente representada por CORDERO⁵⁵⁴ y CARNELUTTI, estimaba que el carácter inquisitivo de la fase inicial del proceso era ineliminable y que, consecuentemente con eso, el mejor modo de asegurar el contradictorio en juicio era potenciando la diferenciación entre prueba y «*notitia di reato*», entendiendo esta última como mera indicación para ulteriores investigaciones⁵⁵⁵. En esta perspectiva la fase preliminar debía ubicarse en la esfera de la promoción de la acción penal, y no como parte del proceso⁵⁵⁶.

Con todo, los citados autores, disentían sobre la concreta forma en que debía operar esta «exclusión» de los resultados de la investigación preliminar en la fase de *dibattimento*. Mientras CARNELUTTI sostenía la necesidad de que el juez del *dibattimento* no tuviese acceso material a dicha información; CORDERO estimaba que el juez sí debía tener conocimiento de dichos resultados pero con prohibición de utilizarlos en la sentencia. La postura de CORDERO implicaba seguir sosteniendo la distinción, muy criticada, entre «convencimiento real o psicológico» y «convencimiento oficial», que ya había demostrado toda su fragilidad en el régimen positivo de 1930, y que CORDERO intentaba defender sobre la base de indicar que la prohibición no aludía a una disociación psicológica sino que a una particular exigencia de motivación de la sentencia.

c) *Solución prospectada por Nuvolone: anticipación de la contradicción*

Una segunda solución, representada por NUVOLONE, y que fue la más difundida de la época, consideraba que si la futura decisión del asunto debía basarse sobre elementos probatorios formados en contradictorio, y considerando que los elementos recabados en sede preliminar representaban una actividad probatoria de gran importancia, entonces debía reconocerse que la cesura entre ambas fases era difícilísima, correspondiendo retrotraer el ejercicio de la contradictoriedad hasta el límite de lo posible⁵⁵⁷. Es del caso hacer notar que para NUVOLONE, la superación del sistema de la «prueba legal» comprendía tanto “la exclusión de toda norma que impusiera probar ciertos hechos con determinados medios de prueba, como la exclusión de toda norma que asignara a una prueba un valor legal absoluto”⁵⁵⁸. No obstante lo cual, estimaba necesario considerar limitaciones a la libertad de prueba, como derogación excepcional al principio del libre convencimiento.

⁵⁵⁴CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 238, nota 165.

⁵⁵⁵GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, op. cit. (n. 144), p. 511. El autor señala que: “La prueba del delito, en cualquier modo adquirida, no puede ser rechazada ni ignorada por el juez”, p. 509. Luego, refiriéndose a los útiles servicios de justicia que una prueba inválida puede ofrecer, señala la necesidad de reconocer que la *notitia criminis* puede ser adquirida con recursos tales como la astucia, la disimulación y la simulación.

⁵⁵⁶CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 197, nota 42: “entre instrucción y *dibattimento* existe un diafragma; las pruebas formadas en la primera son valoradas a efectos de establecer si el imputado deba o no ser reenviado o citado a juicio, pero no transmigran automáticamente a la fase sucesiva; en esta última se encuentra prescrito que el acto probatorio deba ejecutarse *ex novo*, o bien, que los resultados de los cuales ya se dispone, sean adquiridos a través de la lectura del respectivo verbal”.

⁵⁵⁷NOBILI, Massimo, “*Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 264.

⁵⁵⁸NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 443.

Una de las principales críticas que esta posición formuló a la anterior, se basaba en una consideración del mismo CORDERO, quien reconocía que bastaba una mínima desviación práctica para provocar la involución de su propuesta en un sentido inquisitivo. En efecto, se entendía que si no se establecía una rigurosa «regla de exclusión» de la actividad probatoria formada sin contradictorio, que exceptuara su utilización como base de la decisión, ésta última terminaría por pronunciarse con lesión de los derechos de defensa. Por otra parte, se estimaba que la tesis de CARNELUTTI sobre el no conocimiento material de tal actividad, resultaba ser o bien inoportuna o de difícil realización⁵⁵⁹.

En segundo lugar, la referencia a la motivación de la sentencia como instrumento suficiente para garantizar el cumplimiento de la prohibición de utilización tampoco resultaba sostenible para predicar su eficacia. En efecto, el propio CORDERO había puesto de manifiesto la contradictoriedad de tal solución, al señalar que con ello era posible que el resultado cognoscitivo prohibido fuese conscientemente usado detrás de una motivación formalmente irreprochable, pero no sincera que disimulase los orígenes intuitivos de la decisión⁵⁶⁰. El origen del problema se haya en su interpretación laxa del principio de libre convencimiento del juez, que si bien se esbozará en el punto inmediatamente siguiente, –dada su extensión– su análisis en profundidad se reservará para la última sección del tercer apartado de este capítulo.

d) *Solución mixta prospectada por el c.p.p.i. de 1988*

Los partidarios de las dos últimas soluciones referidas, en que convergía un amplio sector de la doctrina, y que hoy constituye la vasta mayoría, sostenían –correctamente– el rechazo del principio de libre convencimiento como instrumento apto para romper las barreras impuestas por las prohibiciones probatorias⁵⁶¹.

⁵⁵⁹NOBILI, Massimo, “*Letture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 269.

⁵⁶⁰NOBILI, Massimo, “*Letture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 270. Sobre la insuficiencia de la motivación como límite al arbitrio del libre convencimiento del juez, vid. GUARNERI, Giuseppe, “*L’altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*”, op. cit. (n. 152), p. 598 s.

⁵⁶¹AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), *passim*; ALLORIO, Enrico, “*Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*”, op. cit. (n. 148), c. 868 ss.; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), nota 159, p. 64: “el canon del libre convencimiento está contenido en una esfera sensiblemente más reducida que en aquella primitiva: por una parte, opera el límite de la valoración de admisibilidad; y por otra, la formación de la prueba se encuentra jurídicamente regulada, en modo que la imperfección del acto precluye el uso del resultado probatorio” y p. 65 “el canon del libre convencimiento consiente al juez apreciar según su experiencia el valor de las pruebas, pero no lo autoriza a pronunciarse en base a una prueba ilegítimamente admitida o inválidamente constituida”; CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 32; NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 447; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 169, “Los límites probatorios constituyen una garantía contra la actuación del principio del libre convencimiento del juez entendido en sus manifestaciones más radicales, o bien, cuanto menos, pueden representar un deterrente a la gestión indiscriminada de tal poder judicial”; UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 27 s.; PANSINI, Gustavo, “*Le ricognizioni nel processo penale*”, op. cit. (n. 148), p. 686 “el campo de aplicación del libre convencimiento del juez sólo puede encontrar manifestación en el momento de la valoración de la prueba, en el sentido de considerar libremente –a

En efecto, estos lineamientos doctrinales contrarios a una exaltación del principio de libre convencimiento en los términos indicados, experimentaron un cierto reconocimiento jurisprudencial bajo la vigencia del código de 1930, a través de la distinción de actos «*legalmente acquisiti al processo*» y aquellos que no lo eran, según si la ley les atribuía o no el valor de medio de prueba y por ende, la idoneidad para servir de fundamento a la decisión.

Sin embargo, la cuestión no fue mayormente superada y el principio continuó operando con igual laxitud mediante la extensión del concepto de aquéllo que debía considerarse legalmente ingresado al juicio, ya que difícilmente la jurisprudencia acogía una interpretación restrictiva según la cual “la discrecionalidad no podía infringir las normas sobre la obtención del material probatorio”⁵⁶².

En efecto, en consideración a que los trabajos preparatorios del código de 1988 ya evidenciaban ciertos aspectos contradictorios en la solución definitiva del problema, en una mixtura de las opciones planteadas a nivel doctrinal, se critica la distinción entre uso directo e indirecto de los verbales de la investigación. Tales trabajos preparatorios⁵⁶³ reconocían una fase preliminar (comprensiva del actuar de la policía y del MP) de carácter inquisitivo, sin contradictorio, en que se sancionaba la irrelevancia de la actividad probatoria desenvuelta en esta fase, propia de la primera solución; pero a su vez, se consagraba la extensión del contradictorio en fase de instrucción (ante el juez de instrucción), con obligación de *verbalizzazione* y con prohibición de lectura en sede de juicio, salvo excepciones⁵⁶⁴. Se pone el problema del caso de disconformidad entre los resultados de la investigación instructoria (representada por el verbal) y los resultados de la prueba formada en juicio (como lo sería una declaración), ya que si bien es claro que no se trata de la elección entre dos pruebas, la primera de todos modos incidirá en la decisión sobre la atendibilidad de la segunda, y con ello asumiría el carácter de instrumento de motivación, influenciando directamente en la decisión⁵⁶⁵.

través de la propia experiencia jurídica— aquellas pruebas ritualmente adquiridas, en modo que exista libertad «de creer o no en las pruebas adoptadas, pero sin salir de los confines legales, sean estos relativos a la obtención de la prueba o a su examen en la discusión pública»”.

⁵⁶² Por la explícita exclusión de que la potencial lectura pueda suplir la carencia de una concreta adquisición en juicio, consultar jurisprudencia en nota 81 de NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 290.

⁵⁶³ Directivas formuladas por la *legge delega* n. 108 de 3 de abril de 1974, actuadas en el Proyecto preliminar de 1978

⁵⁶⁴ PISAPIA, Gian Domenico, “*Primi lineamenti del nuovo processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 718. “La actividad de la policía judicial y las investigaciones preliminares del MP, estando dirigidas exclusivamente a la recolección de aquel mínimo material necesario para la formulación de la imputación, que caracteriza la promoción de la acción penal, son extrañas al proceso propiamente tal. [...] quitándole relevancia probatoria a los actos ejecutados por éstos, en armonía con el principio de que la prueba es, por regla, adquirida sólo por el juez del juicio en el curso del mismo”. El mecanismo para adelantar el contradictorio se constituyó a través del llamado «incidente probatorio», vid. MOLARI, Alfredo, “*L’incidente probatorio*”, en *Indice penale*, 1989, p. 563-602.

⁵⁶⁵ Para un análisis detallado de la evolución del debate en la materia vid. GHIARA, Aldo, “*L’incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti i fasi processuali secondo i lavori preparatori delle legge-delega*”, op. cit. (n. 551), p. 373-395. En el mismo sentido, vid. VIGNA, Piero Luigi, “*La attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 259 s.; VIGNA, Piero Luigi, “*Investigazione e prova nel processo penale*”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 323 s.; SCAPARONE, Metello, “*L’attività probatoria dibattimentale nel nuovo processo penale*”, en *La Giustizia Penale*, 1990, III, c. 65 s.

Por ello, según NOBILI, el criterio de los actos legalmente ingresados al fascículo del juicio no era una solución satisfactoria al problema, ya que la misma ignoraba “que la ritualidad y eficacia de un acto, no obstante poder calificar como legalmente ingresado al fascículo procesal, no puede ser asimilado a un objetivo funcionalmente diverso de aquél para el cual fue formado”⁵⁶⁶, que como se ha visto, fue una observación adoptada por la reforma de 1988 en virtud del principio de separación (funcional) de las fases del proceso.

Con todo, si bien “originariamente, el objetivo prioritario era el de impedir que el juez pusiese «como fundamento de su sentencia prueba obtenida fuera del juicio»: con lo que se miraba sobre todo a desradicar la praxis «que permitía fundamentar la decisión sobre actos instructorios de los cuales no se efectuaba lectura»”; en el “sistema del segundo proyecto preliminar, de frente a una analítica y difusa disciplina de la utilizabilidad de los actos de investigación, la norma sobre las *prove utilizzabili ai fini della deliberazione* viene a desempeñar una función diversa, resolviéndose en un mero renvío a reglas que definen la relación entre la actividad de la investigación preliminar y de juicio oral”⁵⁶⁷.

Es en este contexto histórico, dogmático y jurisprudencial, en que se inserta la discusión sobre la relevancia procesal de los datos probatorios obtenidos en modo ilícito, a propósito de la cual, paradójicamente, los partidarios de estas dos soluciones tendrán su punto de desencuentro, según la óptica con que cada uno de ellos interpretará el tantas veces citado principio de libre convencimiento. De hecho, bajo la vigencia del código de 1988, la discusión ya no tendrá lugar sobre el criterio de los actos «*legalmente acquisiti al processo*», sino que sobre la base de la expresión «*prove acquisite*» ilegítimamente contenida en el art. 191 c.p.i.

II. Premisas de la posición mayoritaria bajo la vigencia del código de 1930

1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del libre convencimiento del juez

a) Configuración del «procedimiento probatorio» en la tesis corderiana

⁵⁶⁶NOBILI, Massimo, “*Letture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 145), p. 286. Para NOBILI, sobre este punto “es de notable relevancia la distinción entre *prove preconstituite* al proceso y *prove costuite* en el proceso. En el primer caso sí habrá una simple actividad de adquisición y el único problema será el verificar que se trate de una prueba adquirible; en el segundo caso la formación de la prueba al interior del proceso (por ejemplo, el interrogatorio del testigo), pone el complejo problema de la eventual divergencia entre los métodos de formación de la prueba, diversos según cuál sea la fase procesal respectiva”, p. 289. En efecto, en los trabajos preliminares del código de 1988, fue muy discutido el tema relativo al poder del MP y de la policía judicial de verbalizar las sumarias informaciones testimoniales (para el interrogatorio el problema evidentemente no se ponía si se conservaba la prohibición de verbalizar propuesta por la Comisión). Así, un atento examen de los trabajos preparatorios dejaba entrever una tendencia favorable a la persistencia de la prohibición: sin embargo, el problema perdía parte de su importancia si se consideraba que, no obstante la redacción de verbales, los mismos no podían ingresar en el fascículo de oficio, al fin de evitar que se transformaran en «*prove preconstituite*» capaces de imprimir en la mente del juez de primera instancia del juicio, que era lo que constituía uno de los defectos más lamentados bajo la vigencia del código de 1930. PISAPIA, Gian Domenico, “*Primi lineamenti del nuovo processo penale*”, op. cit. (n. 564), p. 719.

⁵⁶⁷SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introductivo, op. cit. (n. 24), p. 118.

Sobre la base de una errónea consideración de la carga negativa que se atribuyó en su época al régimen de prueba en el marco del proceso civil, CORDERO⁵⁶⁸ peca al identificar como «reglas de prueba legal» sólo aquellas referidas al momento de la valoración⁵⁶⁸. De este modo el reconocimiento del principio del libre convencimiento permitiría operar en esta área consintiendo valorar la prueba como entidad jurídica susceptible de ser objeto de condiciones de admisión y formación⁵⁶⁹, en cuanto aspectos que sí podrían ser legalmente regulados, pero valorados según la experiencia del juez⁵⁷⁰. De este modo, la apreciación de la relevancia (eficacia) procesal de la prueba sólo podría determinarse una vez que la misma hubiese sido rendida, esto es, una vez finalizado el procedimiento probatorio, que –en su concepto– quedaría restringido únicamente al procedimiento de admisión y asunción.

Esta posición queda bien evidenciada en la exposición del «juicio de admisibilidad de prueba» efectuado por SABATINI, quien indica que éste se encontraría constituido por tres aspectos. En primer lugar se ubicaría el juicio de pertinencia-relevancia de la prueba, que en su conjunto darían lugar a la operación de *apprezzamento preventivo*; y en segundo término, el juicio sobre la legitimidad de la prueba (de «relevancia» en la nomenclatura corderiana), que en síntesis consistiría en la verificación que el procedimiento de prueba no se encuentre prohibido por la ley o no sea permitido en cualquier modo por el sistema. En este sentido identifica que el procedimiento de prueba puede ser prohibido por la ley en atención a: i) al vehículo de prueba, por ejemplo el caso del art. 348 inc. 3° c.p.p. según el cual no pueden ser asuntos como testigos, a pena de nulidad, los imputados del mismo delito o de un delito conexo, aun cuando hayan sido absueltos o condenados, salvo que la absolución haya sido pronunciada en juicio por no haberse cometido el hecho o porque el hecho no haya subsistido; b) al objeto de prueba: por ejemplo, el caso del art. 349 inc. 3° y 4° c.p.p., que prohíbe a los testigos deponer sobre rumores respecto de los hechos de que trata el proceso; y el art. 314 inc. 2° c.p.p., que declara como no admisibles las pericias dirigidas a establecer la habitualidad o la profesionalidad en el delito, a determinar la tendencia a delinquir, el carácter o personalidad del imputado y, en general, sobre la cualidad psíquica independiente de causas patológicas; c) a los modos de actuación del procedimiento mismo, por ejemplo el caso del art. 312 inc. final, que prohíbe los

⁵⁶⁸Vid.: FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale* (1ª ed., Padova, Cedam, 1940), p. 147; CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 179, nota 8; UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 16 ss.; y sustancialmente: FLORIAN, Eugenio, *Delle prove penali* (1ª ed., Milano, Villardi, 1924), vol. I, p. 184.

⁵⁶⁹CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 61 s.: “las valoraciones de inadmisibilidad se pueden distinguir en tres clases, según que sean establecidas en consideración al *tema probandi*, a la persona que constituye fuente de prueba, o al *quomodo* de la operación probatoria. A la primera hipótesis pertenece, por ejemplo, la prohibición de disponer pericias dirigidas a «establecer la habitualidad o la profesionalidad en el delito, la tendencia a delinquir, el carácter y la personalidad del imputado y en general las cualidades psíquicas independientes de causas patológicas». En la segunda se comprenden, entre otras, las situaciones previstas en los arts. 315, 328, 348, 351, 352, 450, 563 c.p.p. En la tercera se encuadra la norma del art. 312 c.p.p., en que se prohíben los «experimentos que ofenden el sentimiento nacional o religioso o de piedad hacia los difuntos o la moralidad pública o que pueden exponer a peligro el orden público»”.

⁵⁷⁰CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 32.; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), nota n. 81, p. 32: “«prueba libre» es la fórmula abreviada de prueba de libre valoración”.

experimentos judiciales que ofendan los sentimientos nacionales, religiosos o de piedad hacia los difuntos o a la moralidad pública o que puedan exponer a peligro el orden público; art. 341 que prohíbe el secuestro de las cartas o documentos que defensores o consejeros técnicos hubiesen recibido para el cumplimiento de su función, salvo que los mismos constituyeran cuerpo del delito. La categoría más importante de ilegitimidad por los modos de actuación del procedimiento de prueba se identifica con todos aquellos casos en los cuales el procedimiento de prueba anula, merma o viola la personalidad del sujeto o que en cualquier forma implique degradación, violencia moral o física⁵⁷¹.

La posición defendida por CORDERO estaba en gran parte orientada en el sentido del reconocimiento del derecho a la prueba de las partes propiciado por VASSALLI, según el cual la invocación de reglas atinentes a la admisión y a la adquisición de la prueba como principios propios de un sistema acusatorio conducía a que los jueces rechazaran ciertas solicitudes de prueba que luego eran, por el contrario, esenciales para la demostración de la inocencia del imputado. Esta aproximación era además considerada por el autor como un absurdo en atención a que en el ordenamiento italiano ya no regía la «prueba legal» sino el principio del libre convencimiento en la valoración de todas las pruebas en cualquier modo adquiridas en el proceso, también llamado «principio de libre valoración» de la prueba, que –como se explicará en la última sección del tercer apartado–, no constituyen fenómenos idénticos, sino que por el contrario perfectamente distinguibles.

Así, el carácter discrecional del poder del juez en relación con la admisión de la prueba unido a la falta de control sobre el juicio de mérito en materia de relevancia o pertinencia de la prueba, resultaba elusivo de exigencias de justicia, sobre todo cuando se trataba de pruebas ya objeto de decreto de admisión, que luego era revocado en virtud de una nueva valoración sobre la necesidad de adquisición de dicha prueba. En este sentido, el citado autor comprendía que “en primer lugar deben admitirse todas las pruebas aportadas por las partes (salvo solamente el inalienable poder inquisitivo del juez); y sólo después, es decir, luego de haberlas sentido y adquirido, era posible juzgar en pleno y definitivo poder”⁵⁷².

En base a las observaciones *supra* anotadas, ambos autores –VASSALLI y CORDERO – estiman preferible reservar el concepto de «relevancia» –de no confundir con el concepto técnico en materia de fijación del *thema probandum*– a aquella valoración de la prueba que tiene lugar luego de que la misma haya sido adquirida, y no como parte de la valoración preventiva que se verifica en el momento del juicio de admisibilidad⁵⁷³. En efecto, tal como señala VASSALLI, “la verdadera valoración de la prueba, esto es aquella referida a la atendibilidad y a la relevancia de ella, sólo podrá efectuarse luego que la prueba haya sido asunta, y no antes”⁵⁷⁴. Según este último, así como en un sentido negativo, el convencimiento

⁵⁷¹SABATINI, Giuseppe, voce “Prova” (*dir. proc. pen. e dir. proc. pen. militare*), op. cit. (n. 67), p. 318.

⁵⁷²VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 28 s.

⁵⁷³VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, op. cit. (572), p. 34; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 149.

⁵⁷⁴VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, op. cit. (572), *passim*, p. 27.

es libre en el ámbito del proceso, entendiendo que en este último está sólo aquello que puede legítimamente estar; en un sentido positivo el mismo implica la necesidad de admitir la prueba en el proceso según ciertas reglas, entre las cuales se encuentra el derecho de las partes y la libertad de convencimiento sobre las pruebas adquiridas, pero sin que ello implique libertad en el rechazo de la admisión de las mismas⁵⁷⁵.

b) *Conceptualización corderiana del «procedimiento probatorio» subyacente en el sistema español*

Desde este extremo es necesario poner de manifiesto que esta impostación ha sido perpetuada por un sector importante de la doctrina italiana y que la misma es casi unánimemente seguida en el sistema español, en que es precisamente el principio del libre convencimiento del juez del fondo, uno de los mayores argumentos esgrimidos para rechazar el reconocimiento de una prohibición de admisión de prueba ilícita en términos de regla de exclusión en sentido técnico acusatorio.

En el contexto español, la situación es más grave aún puesto que –al menos de cuanto revisado con ocasión de esta investigación– no he podido identificar ninguna voz que se alce críticamente a este modo restringido de concebir el procedimiento probatorio, esto es, inclusivo únicamente de las fases de proposición, admisión y práctica de la prueba⁵⁷⁶. Como se ha indicado en el capítulo anterior la cuestión no resulta coherente con el modo en que se pretende formular el derecho fundamental a la prueba inclusivo –por supuesto– del derecho a que la prueba debidamente admitida y rendida, sea luego valorada por el tribunal.

Así, quienes se han ocupado del asunto, detectan la existencia de una antinomia respecto del derecho de las partes a la valoración de la prueba rendida y la ausencia de disposiciones encargadas de esbozar la exigencia de que la motivación de la sentencia se haga cargo de toda la prueba rendida⁵⁷⁷. En efecto, ya la sola configuración de un principio racional del libre convencimiento sobre la base de la interpretación funcional del mismo a partir de la expresión «en conciencia» contenida en el art. 741 LECrim, ha requerido un importante esfuerzo de parte de la doctrina, que permiten prever cuán cerca se está para que esta cuestión sea críticamente denunciada.

Cuanto se denuncia en esta tesis se relaciona íntimamente con el modo en que el sistema español configura el procedimiento probatorio, dejando fuera del mismo la denominada fase de

⁵⁷⁵VASSALLI, Giuliano, *“Il diritto alla prova nel processo penale”*, op. cit. (572), p. 55.

⁵⁷⁶BARONA VILAR, Silvia, *“La prueba (I)”*, op. cit. (n. 213), p. 392 ss.; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 283 ss.

⁵⁷⁷IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, op. cit. (n. 53), p. 200, “La antinomia salta a la vista: “si el juez de instancia no debe dar cuenta de todos los resultados sino que tienen el poder de seleccionar el material probatorio... No es legítimo controlar *a posteriori* la selección realizada, valiéndose para el control de un parámetro distinto del de sinceridad que es negación del adoptado por el juez de instancia. Las cosas cambiarían si se reconociera que el juez tiene el deber de examinar y valorar críticamente en la motivación todas las pruebas...”.

valoración. Ello explica que tanto la posición doctrinal como jurisprudencial mayoritaria nieguen la existencia de una garantía de inadmisión de prueba prohibida en sentido estricto, esto es, operante en fase previa al juicio y, contrariamente se prefiera la opción de discutir el asunto no sólo luego que la prueba sea rendida, sino que al final de la sentencia, una vez que todos los medios de prueba hayan sido asuntos, precisamente para dar operatividad al principio de libre convencimiento del juez que rige esta fase probatoria.

Como se ha adelantado, este extremo resulta determinante para que se opte por ubicar la «garantía de inadmisión» dentro del núcleo del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Dado el cuestionable contenido que se atribuye a esta última, que incluye la exigencia de que la prueba haya sido rendida con todas las garantías, se suele detectar – también– la producción de un salto lógico respecto del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías. El origen de esta problemática es pues, justamente, el concebir la fase valorativa fuera del procedimiento probatorio «objetivo», incluyendo en la fase de valoración no sólo a la valoración en sentido estricto, sino también la valoración sobre la eficacia de la prueba.

En una correcta lectura del principio de libre convencimiento, con su distinción respecto del principio de libertad de prueba, esta última –por el contrario– debiese considerarse un paso previo a la valoración en sentido estricto y, basada en una apreciación de carácter objetivo, respecto de la cual no opera en absoluto el principio del libre convencimiento del juez. Estos extremos serán analizados en el apartado IV, conjuntamente con el tratamiento del tema en el sistema italiano.

2. Consecuencias de la conceptualización de «procedimiento probatorio» en materia de «prueba ilícita»

Para CORDERO, “en el concepto de procedimiento probatorio; como todo otro producto de una actividad jurídicamente regulada, la prueba resulta eficaz (esto es, procesalmente relevante) en la medida en que la misma ha sido realizada conforme al modelo legal. La eficacia supone correspondencia entre el acto y la hipótesis normativa; y aquí la hipótesis normativa es doble: una concierne al procedimiento admisorio, y la otra a la operación adquisitiva, y el nexo de dependencia entre ambas es tal, que el válido cumplimiento del primero constituye un requisito de validez del segundo”⁵⁷⁸.

De este modo, CORDERO utiliza la noción de «irrelevancia procesal», como fórmula indicativa de las pruebas inválidamente admitidas o bien de aquellas admisibles pero irregularmente adquiridas (siempre que la irregularidad esté resuelta en una nulidad conminada por la ley). En este sentido “admisión y adquisición son términos consecutivos y jurídicamente concatenados de una figura compleja, a la cual se conforma la denominación «procedimiento»: admitida la prueba, surge a cargo del juez el deber de adquirirla; una admisión inválida importa la invalidez derivada de la operación adquisitiva”. Así, la admisión válida es un requisito de

⁵⁷⁸ CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 55.

validez de la adquisición de la prueba; de modo que aquéllo que ha sido inválidamente adquirido, no reviste relevancia procesal⁵⁷⁹ y, por ende, no puede ser «utilizado» por el juez en su «decisión».

Como consecuencia de lo descrito, CORDERO explica que en la operación adquisitiva, pueden darse dos hipótesis de invalidez: si la prueba ha sido rendida en modo deforme al prescrito, la imperfección pertenece al campo de la nulidad, siempre que la respectiva previsión se encuentre formulada por las normas: aquí estaría en juego el *quomodo* del acto. La segunda hipótesis de invalidez precede lógicamente a la cuestión sobre la regularidad formal de su asunción y esto dice relación con su admisión.

En este orden de ideas, en el marco del código de 1930, CORDERO distinguía tres situaciones relativas a los medios de prueba, a saber: i) aquella prueba inadmisibile, que no obstante haber sido adquirida, a pesar de no contener una reglamentación *ad hoc*, al tratarse de una prohibición de admisión, la privación de su eficacia descende directamente de la *naturalia* del procedimiento probatorio. Basta con que la prohibición sea transgredida para que el acto adquisitivo sea inválido y no produzca efectos en sede decisoria y se excluya toda posibilidad de renovación; ii) prueba inadmisibile con cláusula de nulidad, sujeta a saneamiento y convalidación de las partes⁵⁸⁰; y iii) prueba ilícita y/o ilegítima.

Para CORDERO, en su esquema, sólo las dos primeras categorías constituirían «prueba prohibida», ya que a su respecto el principio del libre convencimiento del juez no jugaría rol alguno, mientras que la tercera no formaría parte de dicho género por el hecho de que el principio de libre convencimiento del juez tendría absoluta vigencia. En este sentido, bajo el sistema previgente CORDERO distinguía “por una parte, la invalidez del acto constitutivo de una prueba inadmisibile y, por otra, el acto constitutivo de una prueba en sí admisible, más o menos perfecto, cuya eventual imperfección se traducía en la nulidad del mismo. Siendo inválido el primero y nulo el segundo (...). El acto nulo es sanable y susceptible de renovación, mientras la prueba adquirida contra la prohibición legal debería sufrir, al menos desde una perspectiva lógica, un tratamiento diverso”, ya que en el caso del acto nulo el vicio es más tenue y las partes son árbitros de la suerte de la prueba, pudiendo proponer o no la excepción de nulidad. De todas maneras, la diferencia entre estas dos hipótesis resultaba atenuada cuando la previsión de inadmisibilidat se inspiraba en la tutela de un interés disponible por parte de los contendores (es decir, cuando la invalidez en el *an* se sancionaba con la nulidad). En este contexto, CORDERO identificaba casos en que la prohibición probatoria era derogable, hipótesis en que la

⁵⁷⁹ CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 54 s. *Vid.* p. 55, nota n. 81; p. 64; p. 70 nota 185 p. 70 la regla estaría establecida en el tenor de los arts. 189 c.p.p. y 159 c.p.c. SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introduttivo, op. cit. (n. 24), p. 144.

⁵⁸⁰ Este régimen de atenuación era criticado por LOZZI, quien indicaba que a partir de una conminatoria de nulidad de las consecuencias lógicas derivadas de la violación de una prohibición de admisión (en el *an*) debía considerarse insostenible, ya que la asunción de la prueba inadmisibile quedaría sometida a la eventual sanatoria y renovación del acto, que si bien podría aceptarse respecto a una previsión de nulidad relativa, no podría jamás sostenerse tratándose de una hipótesis de nulidad absoluta, LOZZI, Gilberto, “*Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, op. cit. (n. 153), p. 446.

adquisición de la prueba sólo era inválida en la medida en que el interesado no hubiese prestado su consentimiento⁵⁸¹.

El concebir al procedimiento probatorio desde una exclusiva perspectiva de adecuación al modelo legal, sea a través del respeto de prohibiciones de admisión (en el *an*) y de los requisitos y formas establecidos para su práctica o rendición (*quomodo*), requiere ubicar la discusión de la cuestión en el ámbito de la invalidez de los actos procesales y de su sometimiento al régimen de nulidad para determinar su mayor o menor eficacia. Sobre esta constatación CORDERO señala que ambas hipótesis de invalidez deben encontrarse reguladas por la ley procesal, dejando fuera las hipótesis de antijuridicidad de la actividad probatoria reguladas por normas sustanciales, sean éstas penales o constitucionales.

En efecto, aunque CORDERO hable de invalidez en el caso de prohibiciones de admisión (en el *an*) y de nulidad en el caso de infracción de las formas procesales (*quomodo*), en ambos casos se está ante un supuesto de invalidez y es el régimen de eficacia el que varía, principalmente por la mayor fuerza vinculante del primero que se traduce en el descarte de sanación y convalidación (salvo, según dicho autor, que apunte a la protección de un interés de parte). El tema entonces, nos conduce a la distinción entre los conceptos técnicos de «invalidez» e «ilicitud», que por lo demás, permitirá explicar el por qué la posición doctrinal representada por CORDERO, situaba el problema de la prohibición de utilizar las adquisiciones del procedimiento preliminar exclusivamente respecto de la prueba *constituenda* judicialmente y no respecto de la prueba *preconstituída*⁵⁸².

Con todo, desde esta perspectiva el sistema italiano y español se distancian diametralmente, debido a que en este último –contrariamente al italiano– sí se reconoce a la constitución como fuente de prohibiciones probatorias. La evolución histórica de la «prueba ilícita» nace jurisprudencialmente a partir de la identificación de una exigencia de inadmisión de prueba obtenida con violación de derechos y libertades fundamentales, que luego ve consagración normativa en el art. 11.1 LOPJ. De este modo, desde la óptica del ordenamiento español no cabe duda acerca de la aplicación de esta categoría respecto de prueba *preconstituída* por el hecho de que la sede natural donde se producirá este tipo de infracciones es precisamente en fase de investigación preliminar. Otra importante diferencia –donde si se advierte cierta influencia de la tesis corderiana– es que parece perpetuarse la distinción entre la regulación normativa en el *an* y el *quomodo* de la prueba, predicándose –en líneas generales– el sometimiento de esta última al régimen de nulidad o de irregularidad, siendo una problemática que da lugar al surgimiento de la denominada «prueba irregular».

3. Categorías de «Invalidez» e «Ilicitud» de los actos procesales: normas de competencia y normas de mandato

⁵⁸¹ CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 71 s.

⁵⁸² CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 239.

El esclarecimiento de ambas categorías requiere precisar el carácter de la norma con respecto a la cual se confronta un determinado acto en general, y precisar un concepto de «sanción» en sentido estricto. Suele señalarse que la «nulidad» constituye una «sanción procesal» por infracción de normas relativas a la forma de los actos, esto es, reguladora de sus presupuestos y requisitos. Sin embargo, ello obedece a una consideración amplia del término «sanción» que desde una perspectiva funcional la equipara a todo tipo de reacción del ordenamiento jurídico y que viene impuesta por la exigencia de conservación de todo sistema normativo, en modo de no ser disuelto por una general inobservancia⁵⁸³.

De hecho, la elección del término «inobservancia» no es azarosa, ya que lo que pretende este concepto amplio de sanción es precisamente aludir a la respuesta del ordenamiento respecto de toda discrepancia con la ley, esto es, tanto respecto de normas imperativas como de normas de competencia y, —como se verá— estas últimas no son susceptibles de ser infringidas, sino únicamente de ser inobservadas.

Efectivamente es el carácter de la norma inobservada la que fija el ámbito de las categorías de invalidez e ilicitud. Mientras la primera se produce respecto de una norma de atribución de competencias o normas secundarias; la segunda se produce respecto de normas de mandato de una determinada conducta, únicas susceptibles de ser infringidas y/o violadas y que por ende, son objeto de «sanción» en sentido estricto.

Se dice que las normas de competencias no pueden ser infringidas ya que tienen el carácter de reglas técnicas, es decir, son normas que confieren un poder y disciplinan las formas de ejercicio de tal poder, demostrándose entonces como normas de *carga*. En otras palabras, dado que “prescribe el comportamiento idóneo para la obtención de un fin deseado, su inobservancia importa la no obtención de tal fin y por ende la insatisfacción del deseo”⁵⁸⁴.

Como explica PADOVANI, estas respuestas ante la inobservancia de normas que establecen cargas (*onere*) «de tipo reintegratorio», pues consisten en una «irrelevancia del acto» que vuelve la situación al *statu quo antea*. Estas sanciones reintegratorias (entre ellas la nulidad o la anulabilidad) se sitúan en el ámbito de los actos lícitos, como técnicas de control social de actividades intrínsecamente lícitas (que no violan ningún «deber», al igual que las sanciones premiales). Según DELGADO ETCHEVERRÍA, sin embargo, el calificativo de «reintegratoria» aplicado a la «sanción de nulidad» quizás no expresa suficientemente la diferencia y la distancia con las sanciones restitutorias, ya que más que volver las cosas al *statu quo antea*, la idea principal es no colaborar a que cambie este *statu quo*, es decir, en no colaborar para que se produzca el cambio institucional pretendido⁵⁸⁵.

Como explica este último autor el examen acerca de la observancia/inobservancia del acto respecto de la norma de competencia, implica determinar si el derecho lo reconoce como

⁵⁸³ Para una enfoque funcional de concepto de sanción, *vid.* BOBBIO, Norberto, voce “*Sanzione*”, en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1969), vol. XVI, *passim*, p. 533 ss.

⁵⁸⁴ BOBBIO, Norberto, voce “*Sanzione*”, *op. cit.* (n. 583), p. 533.

⁵⁸⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “¿«Sanción de invalidez»? *Los conceptos de invalidez y de sanción*”, en *Principal* (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos, 2006, disponible en *document.php?id=249*, p. 13.

vehículo para alcanzar ciertos resultados institucionales. En este sentido, es que se entiende el por qué CORDERO, plantea que la prueba –tratándose de un fenómeno procesal– o más precisamente los actos probatorios de admisión y adquisición, deban ser confrontados con las normas provenientes únicamente de este sector del ordenamiento y, considere –erróneamente– que las prohibiciones probatorias también deban estar establecidas en normas de mandato de carácter procesal. Sin embargo, como se advierte este es un equívoco que implica confundir las categorías de «invalidez» e «ilicitud», pero que en todo caso le resulta conveniente.

En efecto, en base a este equívoco, CORDERO termina afirmando que las hipótesis de ilicitud, esto es, de comportamientos o conductas antijurídicas (de entender en todo caso en sentido objetivo) en el plano extraprocesal sancionadas por normas sustanciales, sólo serán inválidas cuando una norma procesal así lo establezca, esto es, cuando se consagre una prohibición probatoria, y ello porque a la categoría de la «invalidez» le es ajeno el fenómeno de la «antijuridicidad». Sobre la base de este planteamiento es posible comprender sus tesis en orden a: *i*) la desestimación de otras fuentes normativas sustanciales (penales y constitucionales) como fuentes de prohibiciones probatorias y, por ende, la negación, respectivamente, de las categorías autónomas de prueba ilícita y prueba inconstitucional; *ii*) la identificación de prohibiciones probatorias a través del criterio del poder instructorio del juez; *iii*) la aplicación de reglas probatorias exclusivamente respecto de prueba *costituenda*. Por último, siguiendo con este hilo conductor y en conexión con la premisa de su consideración laxa del principio del libre convencimiento del juez, el rechazo a enarbolar el concepto de una regla de exclusión en el sentido técnico propio de un sistema acusatorio y relegar la decisión sobre la relevancia de la prueba en fase de valoración.

En atención a que ya se ha tenido ocasión de esbozar el régimen de inutilizabilidad introducido por el c.p.p.i. de 1988, es conveniente analizar conjuntamente cómo estas mismas tesis parecen tener cierta continuación en la actualidad, que desde aquella época reúne a un amplio sector de la doctrina⁵⁸⁶ y jurisprudencia⁵⁸⁷, no obstante todo el desarrollo filosófico y

⁵⁸⁶A vía ejemplar, *vid.*: CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 119; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), *passim* p. 147 ss.; CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), *passim* p. 34 ss. (también en *Jus*, 1961, *passim* p. 68 ss.). En el mismo sentido: CONSO, Giovanni, “*Considerazioni sul processo Egidi dopo l’intervento della Suprema Corte*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 564-576;; PISANI, Mario, “*La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*”, op. cit. (n. 296), 1967, p. 796 ss.; GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, op. cit. (n. 144), p. 508 ss.; NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 199 ss.; GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 76; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 176 s.; DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’art. 191c.p.p.*”, op. cit. (n. 153), p. 3164 s.; RUGGIERI, Francesca, “*Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*”, op. cit. (n.193), p. 148; PERONI, Francesco, “*Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*”, en *Cassazione penale*, fasc. 3, 2005, p. 923 s.; SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 490 s.; GALANTINI, Novella, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 9), p. 204 s.; MARINELLI, Claudio, “*Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*”, op. cit. (n.160),p. 138 ss.;

⁵⁸⁷ Con todo, resulta interesante destacar, en el periodo previo al c.p.p.i. de 1930, la decisión del Tribunal de Apelación de Nápoles de 1º de diciembre de 1880, citada por RICCI, que resuelve sobre una carta de ilegítima

dogmático referido en el capítulo primero de esta investigación. Por una cuestión de orden metodológico se indicará, –a su vez– paralelamente, tanto los argumentos que han ido siendo formulados por la posición doctrinal italiana contraria⁵⁸⁸; así como los aspectos de la posición mayoritaria que han encontrado acogida en el debate español, provocando los controvertidos resultados expuestos en el capítulo anterior. Por último, aprovecharé el cuadro descriptivo que se irá construyendo para adelantar las aristas críticas sobre las que plantearé mi propia perspectiva en el capítulo conclusivo.

III. Tesis postuladas por la posición mayoritaria bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930 y argumentos para su perpetuación al alero del c.p.p.i. de 1989

1. Desestimación de otras fuentes normativas sustanciales (penales y constitucionales) como fuentes de prohibiciones probatorias

a) Negación de la categoría autónoma de «prueba ilícita»

procedencia. En esta sentencia se indicaba que ya la inviolabilidad de la correspondencia epistolar estaba garantizada por la ley, siendo castigada por el Código Penal la violación de la misma. Por tanto, estando prohibido apoderarse, abrir y leer las cartas de otros, de suyo se infiere que no puede permitirse presentarlas en juicio, para aprovecharse de su contenido como premio del delito cometido. La sentencia señala que esta interpretación garantiza una exigencia social del secreto epistolar, y una opinión contraria sería tanto como incitar a la comisión del delito precitado que turba y viola la pública confianza, el derecho de propiedad y el respeto al régimen doméstico, RICCI, Tratado de las pruebas, T. I, s., p. 72, citado en LÓPEZ DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1ª edición, Akal, Madrid, 1989, p. 91.

⁵⁸⁸A vía ejemplar, vid.: PICCICHÉ, Federico, “*Sequestro a seguito di perquisizione illegittima: male captum bene retentum. Il caso Sala in Italia e il caso Loewen in Canada a confronto*”, op. cit. (n. 301), p. 625; CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), *passim*; LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 185 s.; VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), *passim*; UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), *passim*; NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 156; NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 472 s.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 126, nota 64. Concluye que “cualquier prueba adquirida *contra legem*, aun teniendo presente las variaciones terminológicas de los diversos preceptos, debe ser considerada, en línea de máxima, inutilizable; y que la inutilizabilidad presupone en orden lógico-temporal (como se argumenta, por ejemplo, a partir de los arts. 203 y 240) la adquisición de prueba ilícita o ilegítimamente formada – traducándose – en armonía con la tradición angloamericana – en la «exclusión» del proceso de los resultados factuales conseguidos, aun cuando sean dotados de objetiva idoneidad o de eficacia probatoria, en relación a los temas de prueba admisibles *ex art. 187*”; NOBILI, Massimo, sub *art. 191*, op. cit. (n. 257), p. 413 “al menos sobre el plano de la exégesis textual, aparece que el tipo sustancial incriminador también sea una «ley» que «prohíbe»”; MELCHIONDA, Achille, voce “*Prova*” (*dir. proc. pen.*), op. cit. (n. 148), p. 668 “Son seguramente inadmisibles las pruebas prohibidas: a) por principios generales, por el derecho natural, por fuentes constitucionales, por leyes supranacionales; b) por normas de derecho positivo de fuente extraprocesal; c) por principios o normas procesales en particular”; PANSINI, Gustavo, “*Le ricognizioni nel processo penale*”, op. cit. (n. 148), p. 686; AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, op. cit. (n. 148), 1970, p. 96 ss.; CAPPELLETTI, Mauro, “*Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*”, op. cit. (n. 148), p. 111 y 112 nota 2; DENTI, Vittorio, voce “*Prova documentale*” (*dir. proc. civ.*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 720; DENTI, Vittorio, “*Perizie, nullità e contraddittorio*”, op. cit. (n. 156), p. 400; PIERRO, Guido, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, op. cit. (n. 161), p. 172.

En Italia, “en los años sucesivos a la segunda guerra mundial, parte de la doctrina, retomando análogas reflexiones de parte de los estudiosos alemanes, negó relevancia a cualquier inobservancia que no fuese deducible de específicas normas procesales”⁵⁸⁹.

En efecto, en la estructuración de su tesis, CORDERO expone brevemente las posiciones contrapuestas de GOLDSCHMIDT por un lado [Niese y Er. Schimidt], y de BELING y SAUER por el otro, optando por la primera⁵⁹⁰. Según GOLDSCHMIDT proceso y derecho sustancial se encuentran absolutamente separados, afirmando que la «conformidad a derecho» y la «ilicitud» son juicios de valor ajenos a la concepción procesal. SAUER, en cambio, entiende que «conformidad a derecho» representa la matriz de la cual descienden los juicios de admisibilidad, fundamentación, validez y eficacia de los actos procesales, de modo que el acto ilícito, por definición, sería procesalmente inadmisibles⁵⁹¹. Literalmente CORDERO señala que: “puesta la elección entre estas dos teorías, preferiremos la *distinción* de GOLDSCHMIDT por sobre la visión monista de SAUER, basada en sugerencias irracionales”⁵⁹².

La argumentación de CORDERO se construye en un triple sentido: *i*) la tajante separación entre derecho penal sustantivo y adjetivo; *ii*) la inexistencia de regla expresa en el ordenamiento jurídico que decretara la inadmisibilidad de la prueba de cargo en virtud de su ilicitud sustancial; y, *iii*) la imposibilidad de extraer un principio general que lo autorizara⁵⁹³.

- i. Tajante separación entre derecho sustantivo y adjetivo e inexistencia de regla expresa de inadmisibilidad de prueba en virtud de su «ilicitud sustancial»

En lo que respecta a los dos primeros aspectos, CORDERO estima que “la calificación de la admisibilidad y de la relevancia (entiéndase producción de efectos) aparecen formuladas en base a criterios autónomos, endoprocesales, fuera de toda referencia a los paradigmas del derecho sustancial”. De este modo, “si la prueba es un típico fenómeno judicial, resulta obvio que su disciplina se encuentre al interior del proceso; en otras palabras, la eventual inadmisibilidad de un aporte instructorio a cuya raíz se halle un contenido ilícito, no tiene su origen en una reacción del ordenamiento frente a la conducta *contra jus*, sino que su origen se debe a la existencia, en cada caso, de un límite probatorio más o menos explícitamente establecido”⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹RUGGIERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, op. cit. (n.193), p. 54.

⁵⁹⁰CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 43, señala que la fuente más remota del tratamiento de la cuestión en Italia, se encuentra en las elaboraciones conceptuales desarrolladas por aquellos años en Alemania. “En 1966, en Essen, tuvo lugar la Cuadragésimo Sexta Jornada de juristas alemanes, enteramente dedicada al tema de las prohibiciones probatorias en el proceso penal (*Beweisverbote im Strafprozess*)”.

⁵⁹¹CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 34 s.; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 150.

⁵⁹²CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 150 s.

⁵⁹³VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, en op. cit. (n. 82), p. 69 s.

⁵⁹⁴CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 34. En los mismos términos, CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 149.

En consecuencia, dado que las valoraciones de inadmisibilidad constituyen un fenómeno procesal, éstas “no pueden ser deducidas de fuentes extrañas a la ley del proceso: solo una falsa perspectiva ha sugerido la opinión según la cual deban ser inadmisibles las pruebas obtenidas o formadas con una acción ilícita; donde el equívoco está en el postular un unísono, que no siempre concurre, entre juicios respecto de los cuales normas diversas sujetan un mismo acto. En particular, entre las categorías del acto procesal ilícito o del acto procesalmente ineficaz, no subsiste una conexión tal que la primera calificación implique la segunda: como ocurre en el caso de una testimonial ilícita y sin embargo ritual y eficaz sobre el plano procesal, con la cual el profesional traiciona la confianza, develando un secreto sin justa causa”⁵⁹⁵.

En este orden de ideas, CORDERO además de invocar el carácter taxativo de la nulidad prevista en el art. 184 c.p.p.i., efectúa una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico procesal para demostrar que: “la experiencia del derecho no avala, sino que desmiente el mito de una armonía preestablecida entre las valoraciones, naturalmente heterogéneas, a las cuales subyacen los actos del proceso, y las relaciones de derecho sustancial”⁵⁹⁶.

Así, en base a lo dispuesto en los arts. 341 y 342 c.p.p.i., relativos a la prohibición de secuestro de cartas y documentos mantenidos por el defensor o consejeros técnicos con motivo de su función, y a la tutela del secreto político, militar y profesional, respectivamente; el autor explica que en ambas disposiciones, la inadmisibilidad de la prueba prescinde de la ilicitud del actuar del agente, y descansa únicamente en el criterio procesal implícitamente enunciado por la norma. De este modo, *a contrario sensu*, mientras la correspondencia del imputado, obtenida con ocasión de un registro en las dependencias del defensor, no puede ser utilizada procesalmente; los mismos mensajes epistolares integrarían la más ritual de las pruebas, si el secuestro hubiese sido efectuado en el oficio postal o en las dependencias de cualquier persona distinta al defensor. Agrega, además, que nadie discute el hecho de que a partir de un *fermo* ilegal pueda desarrollarse una legítima situación de captura, pudiendo ingresar al proceso toda la prueba casualmente develada con ocasión de la misma. Por otra parte, la declaración de testigo o la confesión obtenida con medios que integran una situación de violencia moral, son procesalmente irrelevantes, y como tales, no susceptibles de ser valoradas, no porque representen la ejecución de una conducta ilícita sino porque las mismas no se ajustan al respectivo modelo procesal, constituyendo meros actos pseudo-procesales jurídicamente inexistentes y por tanto, no susceptibles de sanatoria⁵⁹⁷.

En el mismo sentido se pronunciaba PISANI, quien analiza la hipótesis de una irrupción policial que lesione el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por haber procedido sin contexto de flagrancia y por mera sospecha, obteniendo elementos probatorios constitutivos del cuerpo de un delito. A su juicio, debiese operar un control *ex post* sobre la legitimidad de lo

⁵⁹⁵CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 63.

⁵⁹⁶CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 37. Con ocasión de esta última afirmación, CARNELUTTI se ha permitido una corrección en el sentido de señalar que “el parangón debe efectuarse entre *actos* y *actos*, y no entre *actos* y *relaciones*”, CARNELUTTI, Francesco, “*Chiose*”, op. cit. (n. 298), p. 625.

⁵⁹⁷CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 46 s. y 51 s. CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 162 ss.

actuado, que haría imposible la utilizabilidad de la prueba en virtud del art. 224 c.p.p.i., es decir, constatando la ausencia de flagrancia, la prueba sería inutilizable para la decisión en atención a cuanto dispuesto en los arts. 14 y 13 inc. 3° de la Constitución. Sin embargo, a su entender, estas disposiciones conjugan convalidación, por un lado y, caducidad de los efectos del acto no convalidado, por otra; lo que conduce a una solución procesal diversa: sin perjuicio de que el accionar policial podría estimarse constitutivo del tipo contenido en el art. 615 c.p., PISANI sostiene que la determinación de aquello que ha de entenderse legalmente adquirido al proceso debe efectuarse exclusivamente en base a parámetros de naturaleza procesal y por ello invoca la aplicación del art. 337 c.p.p.i.

Esta última norma indica como cosas susceptibles de secuestro las «cosas pertinentes al delito» sin efectuar distinciones en torno a la legitimidad del registro como pasaje obligado del secuestro mismo. En segundo término, y para afianzar su conclusión señala que la cuestión debe analizarse a la luz de una característica de fondo del sistema procesal italiano, el que “lejos de acoger una estructura de tipo acusatoria pura, adopta el criterio de la búsqueda de la verdad *ex officio*”, el que sería gravemente lesionado si se reconociera una radical imposibilidad de utilización de la «prueba ilícita». La única oportunidad del juez de actuar una efectiva tutela del derecho sustancial es que el control se efectuó fuera del término procesal establecido por la Constitución para el mismo, caso en que la prueba ilícita resultaría inutilizable pero en mérito de una infracción de naturaleza procesal⁵⁹⁸. Lo interesante de este extremo, es que parece entonces acudir a la existencia de normas procesales a nivel constitucional que deben tenerse en cuenta al momento de la valoración acerca de la «validez» del concreto acto procesal, cuestión en la que se ahondará en el capítulo final de esta investigación.

- ii. Imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad ordinaria para la inadmisión de «prueba ilícita»

En cuanto al tercer aspecto, el citado autor estima que sus detractores se basan en la existencia de una prohibición imaginaria, consistente en la privación de la prueba concebida como «sanción» respecto del órgano persecutor, en los casos en que su *longa manus* haya operado en modo contrario a la ley.

Señala que la pretendida intención sancionatoria genera perplejidad si se considera que la prueba ilegítimamente obtenida puede no sólo perjudicar al imputado sino también favorecerlo, mientras que desde la perspectiva de la llamada parte pública, una valoración en términos de ventaja o desventaja resulta difícilmente configurable. De este modo, en términos

⁵⁹⁸ PISANI, Mario, “*La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*”, op. cit. (n. 296), p. 795 a 798. Cfr. PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, op. cit. (n. 64), p. 2 s., en que expresamente indica que: “el discurso sobre el mantenimiento de las comunes particiones entre los diversos sectores de la ciencia del derecho queda completamente fuera de lugar en esta materia (refiriéndose al derecho penal y procesal penal). En efecto, “la mayor parte de las disposiciones contenidas bajo el título III del libro segundo del código penal son, al mismo tiempo, normas de derecho procesal: lo son, de todas maneras, los preceptos implícitos indudablemente presentes en las formulaciones de las imputaciones mediante un lenguaje sancionatorio”.

de conveniencia política, estima que el costo es manifiestamente desproporcionado: la tutela de los derechos del ciudadano vale el precio de una decisión injusta; pero cuando la intromisión en la *privacy* ajena, actuada arbitrariamente por el funcionario, es permitida al juez, ello no resulta lógico ya que en este caso no se ha obtenido más de cuanto se habría podido conseguir *sine injuria*⁵⁹⁹.

En cuanto a la aprehensión manifestada por la posición doctrinal contraria, en orden al ilícito del privado y la necesidad de estimar inadmisibles dichas pruebas, en cumplimiento del deber que incumbe al juez de no producir ulteriores consecuencias de una situación ilícita; CORDERO sostiene que la respuesta se halla en un argumento de derecho positivo consistente en el poder de que se encuentra investido el órgano judicial para ordenar el secuestro de la cosa pertinente al delito, destacando que un pretendido fin represivo, en cuanto sanción dirigida a privar al autor de la *injuria* de los efectos «ventajosos», constituye un contrapeso difícilmente imaginable en un proceso con objeto indisponible⁶⁰⁰.

De este modo, a juicio de CORDERO, la inexistencia de una disposición de inadmisibilidad no representa necesariamente un vacío legislativo, de modo tal que la prueba que se pretende prohibir puede aparecer admisible a la luz de una consideración sistemática de las normas procesales (para lo cual –como se ha dicho– propone como criterio identificativo el poder instructor del juez). En caso contrario, surgiría el problema de determinar la reglamentación adecuada para cubrir tal laguna legal.

En este sentido, el autor italiano indica que aunque se pretenda acudir analógicamente al derecho privado en donde la figura de la invalidez posee un mayor y rico desarrollo en materia de «causa ilícita»; la diversa *ratio* de las mismas impide someter los actos de adquisición probatoria a dicha disciplina. El ejemplo de escuela está dado por la obligación de ejecutar una prestación delictiva. “Lo que el ordenamiento reprueba, no es el uso de ciertos instrumentos negociales sino el resultado a que ellos se destinan”. En este orden de ideas explica que debe distinguirse entre experiencia cognoscitiva y los medios a través de los cuales ésta se obtiene, pudiendo considerarse ilícitos sólo estos últimos⁶⁰¹.

Desde esta perspectiva CORDERO no solo considera falso el carácter sancionatorio de la exclusión de la prueba ilícita, sino que además, estima importante no dejarse abrumar por el gusto de la ideología: “cuando se dice que el legislador entraría en contradicción con sí mismo,

⁵⁹⁹CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 124 s. A mayor abundamiento en nota 342 señala que: “la diferencia entre las dos hipótesis [se refiere a la prueba ilícitamente sustraída por un privado u obtenida de un registro arbitrario] sólo es apreciable desde una perspectiva de consideraciones políticas (de aquí la idea que la privación de la prueba represente una suerte de sanción, cuya amenaza debiese desalentar la *longa manus* del oficio judicial para actuar ilegalmente), mientras que jurídicamente resulta insignificante: en ambos casos nos encontramos frente a un acto ilícito (registro arbitrario y violación de domicilio cometido por público oficial, v. arts. 609 y 615, respectivamente) que importa la responsabilidad de su autor, pero no precluye el ejercicio de los poderes cautelares, del que el órgano judicial se encuentra originariamente investido”.

⁶⁰⁰CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 156 s.

⁶⁰¹CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 151 s. Explica su posición acudiendo a análisis de la confesión obtenida por medio de violencia y el contrato viciado por un vicio de la voluntad. Señala que si se aplicara la regulación civil al primero, el mismo no podría desconsiderarse por el juez en cuanto, todo lo más, resultaría anulable desplegando efectos, si bien no definitivos, precarios.

si permitiese la valoración de prueba de origen ilícito, el análisis se mantiene en los límites de una intransigente profesión de fe, en cierta medida jansenista en el modo de concebir la «lucha por el derecho»⁶⁰², por lo que este tipo de razonamiento debiese permanecer fuera del debate anotado.

Si bien al inicio de los años sesenta, la jurisprudencia italiana estuvo en gran parte orientada a admitir las «pruebas ilícitas» invocando el principio del libre convencimiento, los jueces no han permanecido en absoluto insensibles al nuevo clima cultural, sea en el ámbito de los pronunciamientos de mérito, sea en particular, en las decisiones del Juez de las leyes⁶⁰³. Así, no obstante la sentencia de la Corte Constitucional n. 34 de 1973 en materia de prueba inconstitucional, a nivel jurisprudencial la cuestión se encuentra lejos de ser zanjada, no pudiendo tampoco identificarse una clarísima tendencia jurisprudencial a la época.

Si, por una parte, es posible sostener que esta tesis: “fue seguida por la Corte de Casación en respeto al principio, vigente en el proceso penal, «de la libertad de prueba» entendida, además del sentido de libre valoración, como libertad de elección de los medios para la búsqueda de las fuentes de convencimiento»⁶⁰⁴. En efecto, en este orden de ideas se ha establecido que «cualquier medio (de prueba) debe considerarse admisible, salvo que el mismo choque contra una explícita prohibición legal (por ejemplo, arts. 312, 348 c.p.p.), o se manifieste incompatible con todo el sistema legal (por ejemplo, juramento del imputado), o determine alteraciones en el estado físico o psíquico del individuo, o invada los aspectos más recónditos de su psiquis (el llamado derecho a la intimidad) o que no sea reconocido por la ciencia, por lo equívoco de sus resultados, para determinar certeza (ejemplo, hipnosis, narcoanálisis, *lie detector*)»⁶⁰⁵. Por otra, también es posible encontrar pronunciamientos que parecen reenviar a normas sustanciales como fuentes punibles de violación sancionables en sede procesal; otros en que se hace referencia a todo el *corpus* normativo a nivel de ley ordinaria o superior; y otros que si bien reconocen hipótesis en que la declaración de inutilizabilidad, aunque sea motivada en la comisión de un delito, no la estiman capaz de constituir un vicio relativo a la ritualidad del procedimiento de adquisición de la prueba. Ejemplo de esta última es el caso del juez que viola el secreto de oficio revelando cuánto ha decidido en cámara de concilio⁶⁰⁶.

En este contexto, la doctrina contraria ha analizado diversamente las premisas sostenidas por la tesis corderiana, no solo por la injusticia material de reducir la «prueba ilícita» a la sola eventual responsabilidad penal, disciplinaria o civil que pueda derivar de ella, sino también en base a la exigencia de una interpretación sistémica del ordenamiento.

⁶⁰² CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 148.

⁶⁰³ RUGGERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, op. cit. (n.193), p. 56.

⁶⁰⁴ Véase cuanto manifestado por Amodio sobre la confusión del principio de libre valoración de la prueba con la libertad de adquisición de cualquier tipo de prueba, capítulo I, p. 50 s.

⁶⁰⁵ ROSSINI, Maria Giovanna, “*Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*”, en *L'indice penale*, 1974, p. 195 s.

⁶⁰⁶ GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, op. cit. (n. 586), p. 73.

En lo que se refiere al primer aspecto, se entiende que la limitación de los efectos de la prueba ilícita a la sola aplicación de una sanción penal o disciplinaria, VIGORITI, pone de manifiesto el diferente tratamiento entre una acción ilícita real y una lícita meramente potencial a que conduce la aplicación del criterio del poder instructorio. A su juicio, este diverso tratamiento “no puede consistir en el solo hecho que en una hipótesis el sujeto que actúa sea punible y, en la otra no lo sea, sino que debe reflejarse también en el resultado de la actividad desplegada”. Por lo demás, y tal como se ha constatado en el ordenamiento norteamericano, la sanción de los funcionarios autores del ilícito se ha demostrado absolutamente insuficiente, toda vez que: “los responsables son rara vez o, como sea, ineficazmente sancionados en sede penal y disciplinaria, con la consecuente renovación de actos o comportamientos lesivos por parte de los persecutores”⁶⁰⁷.

En lo que respecta a la exigencia de legitimidad del sistema, mirado en su conjunto, UBERTIS reflexiona en el sentido de poner de relieve que los errores cometidos en la administración de la justicia, no sólo tienen efectos unidireccionales (haciendo referencia al perjuicio de la posición del imputado o indagado); sino que los mismos generan desconfianza, siendo la desconfianza en la justicia un importante paso a la desconfianza en las instituciones y en el mismo Estado democrático. Es por ello que debe excluirse del proceso tanto la prueba ilícita como la ilegítima, en modo que funcionen como «*deterrente*» (de no confundir en absoluto con el efecto disuasorio de que se ha tratado en el capítulo primero como fundamento de la regla de exclusión), conjuntamente con las normas penales en materia, para asegurar su eficacia frente a quienes pretendan violar la ley bajo el pretexto –tal vez sincero– de contribuir a la persecución de imputados; y de evitar que el mismo magistrado sea, aunque indirectamente, cómplice de tal ilícito, sobre todo porque no puede admitirse que la justicia se sirva, para conseguir sus objetivos, de cuanto se recabe con medios ilegales⁶⁰⁸.

Así, a propósito de los vicios/errores *in procedendo*, UBERTIS señala que su acreditación requiere de los mismos procedimientos cognoscitivos que se adoptan respecto de la determinación del tipo deducido en juicio: en ambos casos se debe poner en relación un hecho con una norma, y evidentemente, independientemente de que el hecho y la norma sean de carácter procesal o sustancial, la situación no muta desde una perspectiva gnoseológica⁶⁰⁹.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, frente a la interpretación que CORDERO realiza sobre el art. 224 del código del rito de la época, a propósito de los registros de la policía, en que el

⁶⁰⁷VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p.70 y 72. Vid. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 42-44 (1949) y *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 175 (1949). En el marco jurídico español, este argumento también ha sido esgrimido por los detractores del reconocimiento de la denominada eficacia refleja de la prueba ilícita. Según CAMPANER MUÑOZ, afirmar que la vía sancionadora constituya una “defensa suficiente de los derechos fundamentales es poco menos que irrisorio, no sólo porque existirían casos en que se preferirá una eventual sanción a echar a perder una investigación, sino también porque vivimos en un Estado en el que la separación de poderes expuesta por *Montesquieu* deviene cada día más utópica. Rara vez se imponen sanciones a los investigadores responsables de la violación de derechos fundamentales, llegándose a calificar las mismas de anecdóticas”, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 47.

⁶⁰⁸UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 716 s.

⁶⁰⁹UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 39), p. 44.

autor destacaba la consagración de una hipótesis de «convalidación» por parte del procurador de la República, es decir, un reconocimiento ulterior en mérito a la concurrencia de los presupuestos de los que depende la licitud del acto, “sin que se dedicara una sola palabra a la suerte de las cosas que por ventura han sido secuestradas”⁶¹⁰; UBERTIS, sobre la base de la misma disposición, advierte un sinsentido desde una perspectiva intrasistémica. Al respecto señala que: “si, en efecto, se considera acto *abnorme* «la reapertura de la instrucción dispuesta a solicitud del procurador general, que no está legitimado a ello», con mayor razón se debe reputar comprendido en el concepto de *abnormità* del acto, por ejemplo, el registro efectuado por un órgano de la policía judicial (e indudablemente el del privado), sin decreto motivado del magistrado *ex art.* 332 cod. proc. pen. o sin la convalidación *ex art.* 224 cod. proc. pen. De lo contrario, se caería en el absurdo de considerar, por una parte, *abnorme* el acto ejecutado por un órgano de la magistratura jerárquicamente superior a aquel competente; y por otra, estimar válido y eficaz el acto ejecutado por un órgano no sólo incompetente (por lo demás, penalmente perseguible), sino que encima jerárquicamente inferior al órgano legítimo. Es claro cómo, también en este caso, a través de la argumentación empleada para los medios de prueba inadmisibles, se debería hacer uso de la disciplina referida a la nulidad absoluta, debido a que en la opción interpretativa no se deben olvidar los principios del ordenamiento jurídico, para el cual el criterio de *speditezza* (también en la legalidad) del proceso prevalece sobre el de *consequenzialità* formalmente lógica”⁶¹¹.

b) *Negación de la categoría autónoma de «prueba inconstitucional»: imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad constitucional para la inadmisión de «prueba ilícita»*

Frente a la resistencia doctrinal y jurisprudencial a inadmitir la prueba ilícita, surgió en este periodo –a modo de paliativo– una nueva impostación de la doctrina procesal italiana a partir de la configuración del concepto de «prueba inconstitucional» sobre la base de una interpretación de los arts. 13 y 14 de la CI.

A partir de las citadas disposiciones, CONSO y DENTI, habrían operado “un mayor o menor abandono de la clasificación tradicional entre normas procesales y normas sustanciales, que había servido a la doctrina tradicional como base de deducción de una serie de consecuencias, tanto en el plano de los conflictos de ley en el tiempo y en el espacio, como respecto de los conflictos de normas de diverso grado, etc.”⁶¹², y que en términos generales

⁶¹⁰ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 158; CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 42.

⁶¹¹ UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 715.

⁶¹² CAPPELLETTI, Mauro, “*Un avvenimento metodologico*”, en *Processo e ideologia* (1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1969), p. 253 ss. La función de garantía de toda regla probatoria es aceptada también por COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, op. cit. (n. 159), p. 1549 s. Resulta interesante su reflexión, en orden a identificar en el proyecto de 1988, la consagración de un «principio ya inmanente» en el sistema y ya enunciado por la Corte en 1973, en el sentido que dicho proyecto, además, al disciplinar cada medio de prueba y de búsqueda de la prueba, habría reconducido la génesis

apunta a la consideración de las normas sobre la prueba como normas de garantía del imputado, habilitando la extracción de prohibiciones en modo directo de la Constitución.

En esta constelación de ideas, CAPPELLETTI, por su parte, sin perjuicio de denunciar una suerte de error por exceso de la tesis de CONSO, señala que si bien no todas las normas sobre la prueba deben ser consideradas como normas de garantía del imputado, “hay también ciertas normas fundamentales de garantía y que son precisamente las normas sobre el *due process* en materia de prueba, de modo que las garantías fundamentales siempre deben ser observadas”⁶¹³.

Así, entonces, bajo la vigencia del antiguo c.p.p.i., la posición contraria⁶¹⁴, en cambio, creía posible identificar una prohibición probatoria, inclusiva de la llamada «prueba ilícita», en el art. 13 inc. 3° CI. Dicha disposición establecía que los actos considerados lesivos de la libertad personal (y del domicilio, art. 14, inc. 2° CI, que reenviaba expresamente al art. 13), «se entienden revocados y restan privados de todo efecto», manteniendo naturalmente la posibilidad de perseguir a quienes han ejecutado tales actos. A partir de la norma citada se estimaba poder individualizar la existencia de una explícita prohibición de atribuir eficacia a aquellos elementos de prueba obtenidos en modo deforme de aquel establecido por la ley⁶¹⁵.

Para VIGORITI esta conclusión conjugaba adecuadamente la consideración del individuo en la Constitución y la *ratio* misma del art. 13, lo que a su juicio evidencia que se sitúa a la persona y la tutela del individuo, en sus derechos y libertades fundamentales, frente a los poderes públicos como valor primario del ordenamiento jurídico, demostrando con ello la prioridad de los valores garantizados respecto de otros valores, también importantes para la vida social⁶¹⁶.

En este sentido UBERTIS explica que de la redacción del art. 13 CI referido a “los actos lesivos de la libertad personal, en los casos que no sean dispuestos (o convalidados *ex*

de los principios acogidos por la ley delega y actuados por las nuevas normas, en modo muy cuidadoso, a las garantías constitucionales de la persona y del proceso (en particular, a los arts. 13 y 14 de la Constitución).

⁶¹³CAPPELLETTI, Mauro, “*Un avvenimento metodologico*”, en *Processo e ideologia* (1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1969), p. 254 ss. Respecto de la tesis de Conso, el autor identifica una suerte de «error por exceso», en el sentido que no todas las normas reguladoras de la prueba pueden ser consideradas como normas de garantía con fundamento constitucional, debiendo reconocerse que, al menos, una parte de ellas puede estar dispuesta en orden a otras finalidades.

⁶¹⁴En este sentido: VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 64 ss.; GREVI, Vittorio, “*Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*”, op. cit. (n. 273), p. 740 ss.; GREVI, Vittorio, “*Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 1076 s.; CAPPELLETTI, Mauro/VIGORITI, Vincenzo, “*I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 640 ss.; CAPPELLETTI, Mauro, “*Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*”, op. cit. (n. 148), p. 112 nota 2; UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n.71), *passim*, p. 705 ss. El argumento de la observancia de la Carta fundamental, es compartido –con similares argumentos– por UBERTIS y VIGORITI, salvo por la extensión de la prohibición a la prueba ilícita obtenida por particulares, que es rechazada por este último.

⁶¹⁵Trib. Imperia, sent. 10 octubre 1967, imp. Coletta, en *Giust. pen.*, 1969, I, col. 373. Establece que acreditada la ilegitimidad del registro, el Tribunal debe aplicar la prohibición contenida en el art. 13, inciso 3° de la Constitución y, en ausencia de otros medios de prueba, debe proceder a la absolución de la imputada.

⁶¹⁶VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 71 s. VIGORITI, Vincenzo, “*Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)*”, op. cit. (n. 271), p. 328 s. Comparte la impostación individual de la Constitución, UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 716.

postdentro del plazo inderogable del inc. 3º) por la autoridad judicial «se entienden revocados y restan privados de todo efecto» (disposición que también debe considerarse aplicable a la libertad de domicilio por el reenvío establecido por el art. 14, inc. 2º, y a la libertad de comunicaciones ex art. 15 por analogía). Tal dicción (por lo demás, idéntica a la usada por el art. 21, inc. 4º para el secuestro de publicaciones periódicas) también podría interpretarse como comprensiva de la conminatoria de una nulidad absoluta, en consideración a la conexión sistemática con el art. 24, inc. 2º de la Constitución, que es la base sobre la que se funda el propio art. 185, n. 3 cod. proc. pen.; con la consecuencia, en todo caso, que «los resultados recabados no pueden ser utilizados, ni siquiera para la instrucción del proceso»⁶¹⁷. Luego, a juicio del citado autor, sería el propio contenido del derecho de defensa constitucionalmente garantizado el que exige la exclusión de prueba ilícita. Explica que el derecho de defensa incluye la observancia de las normas que regulan la «genuinidad» de la prueba. Si sólo es «genuina» aquella circunstancia probatoria deducida de un medio de prueba adquirido en el proceso en conformidad a las reglas dictadas por el legislador, resulta evidente que tal derecho comprende la inserción de la *specie* «medios de prueba ilícitos y/o ilegítimos» dentro del *genus* definido por el art. 185 N° 3 c.p.p.i. A su juicio, tal afirmación encontraría explícita confirmación normativa, por ejemplo, en los arts. 305 ter 1º y 4º; 360, inc. 1º y 363 c.p.p.i.⁶¹⁸.

Como explica AMODIO, con la aplicación de esta aproximación a un supuesto concreto, en la búsqueda de la fuente normativa de la sanción correspondiente al vicio subsecuente a la violación del procedimiento de toma de muestras y de análisis en materia de fraudes alimentarios, frecuentemente se afirma que la misma no se ubica en la función de la norma en el marco de la comprobación de la verdad judicial, sino que la misma se hallaría en la finalidad que éstas disposiciones persiguen en relación a la posición del sujeto respecto de quien se cumple la operación adquisitiva sobre la base del art. 24 inc. 2º de la Constitución: esto es, en base a la incierta legitimidad de la disciplina de toma de muestras en orden a su idoneidad para ofrecer un espacio para la intervención de la defensa, en la medida en que ésta es reconocida en la fase instructoria por los arts. 304-*bis* y ss. c.p.p.

A juicio del autor, las «normas sobre toma de muestra» en estos casos deben considerarse normas de garantía dispuestas con el objeto de suplir los vacíos de tutela procurados en virtud de la impracticabilidad de ciertas formas de salvaguardia del derecho de defensa. De este modo, se realiza la finalidad de garantizar la atendibilidad de la comprobación analítica y el objetivo de proveer al sujeto el máximo de tutela compatible con el carácter repentino intrínseco de la operación inspectiva de la actividad de vigilancia. Si bien identifica que la sanción del vicio

⁶¹⁷UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 716. En materia de interceptación de comunicaciones, vid. FUMU, Giacomo, *sub art. 271*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 801 ss.

⁶¹⁸UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 715. El mismo autor cita a Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Nápoles, Jovene, 1961, p. 397 s. Quien señala que es genuina la circunstancia deducida de un medio de prueba cuyo modo de adquisición esté infectado de ilicitud, bastando que no haya nacido de un acto ilícito, así una confesión forzada es mientras que cuanto obtenido a través de una violación de domicilio, secuestro de persona, secuestro irregular es genuino.

debiese encontrarse en la nulidad absoluta de las operaciones adquisitivas y de la sucesiva investigación técnico-científica, tal conclusión se basa en una interpretación consitucionalmente orientada del art. 185 c.p.p. y en la adopción de una interpretación constitucional, desde el versante defensivo, de las normas reguladoras de la toma de muestras⁶¹⁹.

No obstante ello, la categoría de «prueba inconstitucional» y la inclusión en ella de la «prueba ilícita», es rechazada por CORDERO sosteniendo que la premisa constitucional extraída de la interpretación de los arts. 13 y 14 CI, sobre todo de la expresión «*restano privi di ogni effetto*» contenida en la primera disposición no constituiría un argumento real, sino un simple movimiento retórico, ya que la misma sólo alude a la revocación *ex lege*, que no puede plausiblemente concebirse respecto de una conducta dirigida a la pura causación de un hecho. Desde esta perspectiva, según CORDERO “los preceptos constitucionales representan de todos modos paradigmas de la regulación actuada en sede legislativa; pero se incurre en un salto lógico cuando se postula que la reacción del ordenamiento llega al punto de rechazar, como procesalmente irrelevante, todo dato cognoscitivo conseguido con una conducta deformada de aquella directiva”⁶²⁰. A su juicio, las máximas constitucionales poseen relevancia en sede política pero son jurídicamente insignificantes mientras no se concreten como contenido de una norma. Una interpretación contraria llevaría al riesgo de un derecho de origen pretorio.

En el mismo sentido se pronunciaba GIANTURCO, criticando la intención de quienes, a partir de lo dispuesto en el art. 15 CI, sobre la inviolabilidad de toda forma de comunicación, pretendían reconocer la existencia de una prohibición de valerse de registros magnetofónicos obtenidos clandestinamente como violación del llamado derecho a la reserva. A su juicio el principio de inviolabilidad y secreto de las comunicaciones, cedía frente a la exigencia del interés superior de acreditación de la verdad y de represión del delito (art. 112 CI), siendo el ordenamiento procesal el encargado de establecer las excepciones al mismo⁶²¹.

c) Debate bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988

i. Posición doctrinal mayoritaria continuadora de la tesis corderiana

Bajo la vigencia del código de 1988, la plausibilidad de las categorías autónomas de «prueba ilícita» y «prueba inconstitucional», se hace depender de la interpretación de la expresión «prohibiciones establecidas por la ley», contenida en el art. 191 inc. 1° c.p.p.i. De este modo, algunos han considerado configurable una hipótesis de inutilizabilidad interpretando extensivamente el concepto de «ley», comprendiendo en él tanto una referencia a la Carta

⁶¹⁹ AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, op. cit. (n. 148), p. 98 a 111.

⁶²⁰ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 154. CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), p. 38.]

⁶²¹ GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, op. cit. (n. 144), p. 508 y 510.

fundamental como a las normas sustanciales. Dado que en el capítulo primero se ha tenido ocasión de explicitar las diversas aproximaciones en orden a la subsistencia de la categoría de la «prueba inconstitucional», en esta sección me centraré en perfilar las argumentaciones esgrimidas desde la perspectiva de los aspectos en que he sistematizado la tesis corderiana contraria a la autonomía de la noción de «prueba ilícita».

Con la entrada en vigor del nuevo código del rito, la posición doctrinal prevalente sigue considerando que normas procesales y penales regulan fenómenos diversos e incommunicables⁶²². En este sentido, PISANI reafirma su adhesión, señalando que: “la ley procesal penal al dictar la disciplina del proceso es autónoma respecto de aquella sustancial: es decir, aquello que es ilícito en la esfera de las normas incriminadoras no es automáticamente inválido (nulo o inutilizable) en el ámbito del proceso (...), cuestión que también vale para las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales de la persona: si éstas resultan violadas en el ejercicio de la función probatoria, no determinan de por sí la inutilizabilidad del acto probatorio”⁶²³.

Según esta postura, declarar la inutilizabilidad de la prueba ilícita implica caer en una tergiversación de las funciones asignadas a las normas sustanciales y procesales. Así, “mientras a las primeras compete la represión, mediante la conminatoria de una sanción, de conductas antijurídicas; a las segundas corresponde la delimitación del área de la prueba admisible (...) Una cosa es prohibir a los ciudadanos un determinado comportamiento y, otra, es inhibir al juez la admisión de un medio de prueba. Por tanto, sostener una suerte de «armonía preestablecida» entre derecho penal sustancial y procesal, en ausencia de una previsión capaz de convertir los mandatos del primero en otro tanto de prohibiciones instructivas, se resuelve en una afirmación apodíctica”⁶²⁴.

El argumento clave de esta posición para predicar esta «autonomía» procesal, “se apoya en la constatación de que la reforma del proceso penal haya comportado –con la adopción de un autónomo «estatuto» de la prueba, expresión de una innovada cultura de la legalidad procesal– un definitivo reconocimiento de autonomía de lo «procesalmente admisible» respecto de lo «penalmente relevante», de modo que esta “evolución hacia un modelo procesal fundado sobre un más fuerte formalismo –en la específica óptica de la legalidad de la prueba y de las respectivas directivas sancionatorias– mal puede soportar la contaminación de reglas de conducta extrañas a los protocolos de la acreditación penal”⁶²⁵.

El recurso a una interpretación sistémica que confirme esta separación también es empleada por la doctrina del actual código. Así, ILLUMINATI, se alinea con esta tesis de la postura mayoritaria e invoca el caso de la revelación de un secreto profesional, sin justa causa. Explica que la naturaleza delictiva de esta acción explica que el art. 200 c.p.p.i. prohíba que los

⁶²²SCP, Sec. I, 28 octubre 2010, Raso, en *CED* 249021: “la eventual ilegitimidad del registro ejecutado a iniciativa de la policía judicial en conformidad al art. 41 T.U.L.P.S. – sancionable con providencias penales y/o disciplinarias- no comporta la inutilizabilidad del secuestro del cuerpo del delito”.

⁶²³DOMINIONI, Oreste, “*Capítulo XVII*”, en op. cit. (n. 192), p. 228.

⁶²⁴MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 138.

⁶²⁵PERONI, Francesco, “*Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*”, op. cit. (n. 586), p. 924.

receptores de este secreto sean obligados a declarar su contenido. Sin embargo, constata que, si el testigo contraviene la norma penal y espontáneamente declara, tal testimonio es utilizable, sin perjuicio de la eventual aplicación de una sanción penal para éste, de modo que sólo cuando el sujeto hubiese sido obligado a deponer, dicho testimonio sería inutilizable. Idéntica lógica advierte respecto de las declaraciones obtenidas con violencia, ya que éstas no serían inutilizables porque sean consecuencia de un delito, sino porque el art. 188 c.p.p.i. prohíbe la utilización de tales métodos. Al igual que CORDERO, se detiene en el caso del secuestro del cuerpo del delito y de las cosas pertinentes al mismo consagrado en el art. 253 c.p.p.i., destacando que el mismo es procedente cualquiera haya sido la valoración en orden a la conducta que ha permitido la aprehensión.

Para esta posición, la regulación de los arts. 266 y ss. c.p.p. en materia de interceptaciones telefónicas, confirma esta interpretación restrictiva de la locución «ley» contenida en el art. 191. Si tal interceptación es efectuada por un privado en forma autónoma, o por un investigador privado, la inutilizabilidad de los resultados de la interceptación telefónica no deriva de la comisión de un delito (art. 617 c.p.) sino de “la violación de las prescripciones procesales que disciplinan este específico medio de búsqueda de la prueba”⁶²⁶. Así, la falta de reproducción del derogado art. 226-*quinquies* c.p.p., que sancionaba con la nulidad absoluta, declarable en cada estado y grado del procedimiento, toda decisión fundada sobre noticias e imágenes obtenidas en los modos constitutivos de delito según el art. 615-*bis* c.p.p. debe considerarse “responder a una precisa voluntad normativa, que apunta a operar el principio general de la autonomía del derecho procesal respecto del sustancial, con la consiguiente exclusión de equivalencia entre conducta ilícita y prueba inadmisibles. En respeto a tal razonamiento, salva la eventual responsabilidad penal, los resultados de las captaciones privadas deben considerarse utilizables como documentos, siempre que no encuentren otros límites al respecto”⁶²⁷.

De este modo, para los partidarios de la posición intermedia italiana, con la expresión «interceptaciones privadas» se describe una hipótesis que, aun cuando puede ser adscrita al concepto empírico de interceptación, no es sin embargo susceptible de sobreponerse al adoptado por el código de rito, ya que a los elementos comunes (a saber: la oculta toma de conocimiento de la comunicación de parte de un tercero; el carácter privado de la misma y el empleo de instrumentos artificiales de percepción y memorización), se contraponen aquellos elementos distintivos, relativos a la calificación subjetiva del operador y, más en general, los perfiles procedimentales de la disciplina.

Como explica MARINELLI⁶²⁸, las cuestiones más relevantes apuntan a la licitud de la conducta del privado y a la cualificación de la operación respecto de la noción procesal de interceptación con la consecuente individualización de la disciplina aplicable. En cuanto al

⁶²⁶DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’art. 191c.p.p.*”, op. cit. (n. 153), p. 3165 y GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 209.

⁶²⁷MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 32.

⁶²⁸A continuación se sintetizarán las reflexiones expuestas en MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 28 a 37.

primer aspecto, no se presentan mayores dificultades, ya que –concurriendo los presupuestos– el improvisado *intercipientes* puede incurrir en una sanción penal, por ejemplo, por la violación de los arts. 615-*bis*, 617 y siguientes c.p.

Por el contrario, el citado autor estima más complejo el análisis de las reflexiones procesales, a la luz del d.l. 22 septiembre 2006, n. 259, que introduce disposiciones urgentes para la reordenación de la normativa en materia de interceptaciones telefónicas, entre las cuales se encuentra la sustitución del art. 240 c.p.p. El inciso 2º de dicha disposición introdujo la expresa obligación de la autoridad judicial de disponer la «inmediata destrucción de los documentos, de los soportes y de los actos concernientes a datos y contenidos de conversaciones y comunicaciones, relativos al tráfico telefónico y telemático, ilegalmente formados o adquiridos», precisando, además, la imposibilidad de hacer uso de su contenido como noticia de delito ni para cualquier otro efecto procesal o investigativo.

En dicho contexto, debe además considerarse conjuntamente lo prescrito en el nuevo inc. 3º del art. 240, como cuanto dispuesto por el nuevo inc. 1-*bis* del art. 512. Mientras el primero establece que las operaciones de destrucción debían ser redactadas en el correspondiente verbal, dando cuenta de la verificación de la interceptación o detención y de la adquisición, de sus modalidades y de los sujetos interesados, omitiendo toda referencia a su contenido; el art. 512 inc. 1-*bis*, establecía que siempre estaba permitida la lectura de los verbales relativos a la adquisición y a las operaciones de destrucción de los actos indicados en el art. 240, inc. 2º. A propósito de esta prohibición de lectura es que se suele hablar de la introducción de una modalidad de «inutilizabilidad reforzada» ya que “la destrucción automática e inmediata, va acompañada de la prohibición de utilización de las noticias ilegalmente obtenidas incluso como noticia de delito o línea de investigación”⁶²⁹.

Como destaca CONTI, de este modo, “además de la tutela de la reserva en sentido negativo, esto es, relativa a la no injerencia de terceros en la propia esfera íntima, la destrucción apunta a tutelar la reserva en sentido activo, denominada libertad de autodeterminación informativa y que consiste, entre otras cosas, en el derecho de impedir que noticias inherentes a la propia vida privada, incluso legítimamente obtenidas, sean difundidas en contra de la voluntad del titular”. En efecto, siempre en protección del bien jurídico apenas señalado, se explica que el art. 3 del decreto haya introducido un tipo incriminatorio, que sancionaba con la pena de reclusión de seis meses a seis años a quien ilícitamente poseyera los materiales indicados en el art. 240, inc. 2º (tratándose de un público oficial o de encargados de servicio público, la pena era de reclusión de uno a siete años)⁶³⁰.

ii. Posición minoritaria contraria a la tesis corderiana

En lo que atañe a la interpretación literal del art. 191 c.p.p.i., una parte de la doctrina⁶³¹ y

⁶²⁹ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 95 s..

⁶³⁰ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 96.

⁶³¹ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1779 s. En el mismo sentido: NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 474. Cfr.

de la jurisprudencia⁶³² han considerado que la sintética redacción del art. 191 c.p.i. («prohibiciones establecidas por la ley») no permite efectuar ulteriores distinciones, por lo que su ambigüedad debe estimarse tendiente a hacer extensible el concepto de prohibición en modo de consentir una más amplia operatividad de la sanción.

Luego, en una postura diametralmente opuesta a la mantención de una tajante distinción entre proceso y sustancia, encontramos a FIORE quien –a propósito del colapso en la actual justicia penal italiana–, se une a la tendencia doctrinal que incipientemente viene formándose desde hace dos décadas, teniendo el mérito de introducir en el debate la necesidad de propender a un sistema penal integrado entre normas sustanciales y normas procesales en correlación funcional. En otras palabras, plantea una comunicación intrasistémica tendiente a reactivar y favorecer la propagación de principios «vectores» de política criminal. Así, refiriéndose a la aplicación transversal del principio de *ultima ratio*, el citado autor señala que para mantener la indispensable coherencia entre este principio general y los puntos cardinales del sistema penal –esto es, de una parte, la creación a nivel legislativo de una incriminación y, de otra la ejecución de la condena a ella referida como resultado de un proceso de acreditación de la responsabilidad–, es necesario que dicho principio atravesase el entero conjunto de reglas subyacentes al funcionamiento del sistema mismo, incluidas obviamente tanto aquellas que definen y limitan los poderes de acreditación, como las que fijan los regímenes de utilizabilidad de las pruebas. Son precisamente tales normas las que forman parte de un sistema teleológicamente orientado a garantizar que la sanción penal sea impuesta sólo en caso de estricta necesidad. Por tanto, su contenido, interpretación y aplicación debe siempre orientarse a criterios de incidencia mínima y en la medida de lo indispensable respecto de los derechos de libertad y otros derechos que el procedimiento penal, por su naturaleza, invierte, comprimiéndoles⁶³³.

Para FIORE, “la búsqueda de una adecuada integración funcional entre la teoría general del delito y la estructura del proceso, representa una exigencia «mínima» de coherencia sistémica: gracias a la teoría general del delito, tanto desde un plano lógico-formal como teleológico, es posible empalmar las reglas y principios normativos al material real ofrecido por los acontecimientos históricos, pero es sólo a partir de la activación de los instrumentos que componen la segunda área funcional, esto es, la del proceso penal, que aquellas construcciones adquieren validez para el ordenamiento jurídico y son capaces de producir consecuencias jurídicamente significativas”. Más precisamente, con ocasión del análisis del principio de

con quienes, no obstante simpatizar con la inutilizabilidad de la prueba ilícita, reconocen que el tenor literal del 191 no es unívoco: NOBILI, Massimo, sub *art. 191*, op. cit. (n. 257), p. 413; DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p. 63; LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 185 s.

⁶³² Sobre la adopción de una interpretación amplia de la expresión «prohibiciones establecidas por la ley», entendiéndose que las mismas pueden encontrar su fuente en todo el *corpus* normativo a nivel de ley ordinaria o superior ver: SCP, Sec. III, 5 de mayo 2004; SCP, SU., 30 de octubre 2002, en materia de secreto de oficio; SCP, SU., 28 de mayo 2003; SCP, Sec. IV, 16 de marzo 2000.

⁶³³FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale* (1ª ed., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007), p. 13 ss., 48 s., 50. Recalca que estas consideraciones ya pueden encontrarse en Beccaria.

tipicidad y bajo la rúbrica «*tecniche di redazione della fattispecie e criteri di valutazione probatoria*», se refiere al fenómeno de la «*processualizzazione*» de categorías conceptuales de naturaleza sustancial, que –en ocasiones en modo más explícito, y en otras en modo más oculto– redefine incesantemente el confín entre categorías sustanciales y procesales (en particular, aquellas referidas al ámbito de la prueba)⁶³⁴.

En forma paralela a esta lógica sistémica general, los partidarios de la inutilizabilidad de la prueba ilícita también han formulado argumentos de lógica intrasistémica especial. Esto es, han identificado una serie de normas al interior del ordenamiento jurídico procesal de las cuales estiman poder extraer un principio general de inutilizabilidad de la prueba sustancialmente ilícita.

Así, en primer lugar, se considera que la introducción⁶³⁵ del art. 240 c.p.i. sobre «documentos anónimos y otros actos relativos a interceptaciones ilegales», lejos de servir de base a una argumentación a *contrario sensu*, como pretenden los propulsores de la utilización de la prueba ilícita, en cuanto «*processualizzazione*» de las prohibiciones penales sustanciales, representa una reveladora posición legislativa sobre la importancia de las prohibiciones sustanciales que aún permanecen fuera del código del rito. Ello, a juicio de CASIRAGHI, sobre todo si se tiene presente que tal disposición se refiere a una categoría de prueba ilícita bien precisa, a saber “los documentos ilícitamente formados por sujetos extraños al proceso y para fines extraprocesales”, que en ausencia del art. 240 podría haber sido empleada *ex art.* 234 como *notitia criminis*⁶³⁶.

En efecto, como explica GIOSTRA, los datos abusivamente obtenidos en teoría podrían ser utilizados bajo cuatro aspectos: “*a*) cuerpo (y por ende prueba) del delito de ilícita interceptación; *b*) noticia de otro delito (por ejemplo, las conversaciones se refieren a un círculo de golf que funciona como cobertura de tráfico de estupefacientes); *c*) prueba de otro delito (por ejemplo, uno de los interlocutores «captados» confía haber organizado un robo); *d*) cuerpo de otro delito (por ejemplo, cuando son registradas expresiones de contenido extorsivo)”. Según el citado autor, mientras que una interpretación armónica permite sostener la efectiva utilizabilidad del material abusivamente obtenido sólo en las dos primeras hipótesis; en las dos últimas parece posible afirmar la renuncia a tal utilizabilidad⁶³⁷.

En contra, MARINELLI señala que la introducción del nuevo inc. 2° al art. 240 relativo a la destrucción de documentos, soportes o actos contenedores de datos o conversaciones y comunicaciones, de tráfico telefónico o telemático, ilegalmente formados o adquiridos, precisando que su contenido no puede ser utilizado a efectos procesales, representa toda una innovación. Sin tal intervención normativa se trataría de datos que habrían podido ingresar sin dificultad al proceso en atención a la ausencia de particulares límites a la adquisición de la

⁶³⁴ FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, op. cit. (n. 633), p. 63 y 138 s.

⁶³⁵ Art. 1° d.l. 22 septiembre de 2006, n. 259 sobre «Disposiciones urgentes para el reorden de la normativa en tema de interceptaciones telefónicas», convertido en l. 20 de noviembre de 2006, n. 281.

⁶³⁶ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1782.

⁶³⁷ GIOSTRA, Glauco, “*Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*”, en *Cassazione penale*, 2006, 1438, p. 3493.

prueba documental. Por ende, a su juicio, “lejos de contrastar a la tesis tradicional sobre la autonomía del derecho procesal sobre el sustancial, la misma representa una confirmación, ya que la exclusión de los datos cognoscitivos de origen ilícito se ha operado sobre el plano procedimental precisamente a través de la introducción de una norma de conexión, según una técnica ya utilizada con el art. 226-*quinquies* c.p.p. abrogado, que sancionaba con la nulidad absoluta, declarable de oficio en cada estado y grado del procedimiento, toda decisión fundada sobre noticias o imágenes obtenidas con modalidad constitutiva del delito contemplado en el art. 615-*bis* c.p. Por lo que no parece, por tanto, que se haya adoptado y explicitado un principio inmanente del sistema, sino que, al contrario, se ha procedido a introducir un *quid novi*. La naturaleza constitutiva de la nueva disciplina ha actuado una desautorización, *a posteriori*, de las tesis que pretendían la expulsión de la prueba ilícita del cuadro decisorio en el sistema jurídico previgente”⁶³⁸.

En oposición con ambas perspectivas, para GALANTINI, las nuevas disposiciones del art. 240 inc. 2-6 c.p.p.i. que regulan el llamado «*dossideraggio*» ilegal, no confirman ni desmienten conclusión alguna, puesto que el hecho que la norma no se refiera a las interceptaciones dispuestas por la autoridad judicial evidencia que, en caso de ausencia de esta norma, no se trataría de la comisión de un delito como podría ser la interferencia ilícita en el ámbito privado (art. 615-*bis* c.p.) o el tratamiento ilícito de datos personales (art. 167 código *privacy*), por lo que la coincidencia entre normas penales y procesales resulta débil⁶³⁹.

En este punto, de todos modos es conveniente precisar que –como indica CONTI– la supuesta exclusión de las interceptaciones dispuestas por la autoridad judicial no es del todo clara: en efecto, la inclusión de la expresión «interceptaciones», detonó el surgimiento de dudas en orden a que el mismo pretendiese comprender las interceptaciones ejecutadas ilegítimamente por parte de la autoridad judicial, con el consiguiente problema de determinar la coordinación con cuanto dispuesto en el art. 271, que ya sancionaba la inutilizabilidad (inc.1°) y la destrucción (inc. 3°) de las interceptaciones ejecutadas por la autoridad judicial fuera de los casos permitidos por la ley o con violación de alguna de las disposiciones expresamente invocadas⁶⁴⁰. Al respecto, GIOSTRA ha evidenciado que la degradada técnica legislativa no es sólo sustancial, sino también formal, siendo criticable el lenguaje jurídico empleado ya desde el uso del término «actos» en la rúbrica del art. 240 en contraposición al término «documentos» y al uso de expresiones tales como «interceptaciones ilegales», «ilegalmente», «adquiridos», «adquisición», todos referidos a la formación y a la proporción de materiales ilícitos, lo que a su juicio podría conducir al riesgo de considerar objeto de tal disciplina no sólo a las

⁶³⁸MARINELLI, Claudio, “*Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezione unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 1577, nota 14. Igualmente *vid.* SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, *op. cit.* (n. 14), p. 491.

⁶³⁹GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, *op. cit.* (n. 586), p. 73 s. CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, *op. cit.* (n. 6), p. 120, en cambio, entiende que la introducción de normas que «procesalizan» normas sustanciales, no permiten extraer argumentos ni a favor ni en contra, sino sólo manifestación de la existencia de incertezas en la materia.

⁶⁴⁰CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, *op. cit.* (n. 6), p. 98.

interceptaciones ilícitas, sino que también a aquellas judiciales ilegalmente dispuestas o efectuadas⁶⁴¹.

Un segundo argumento de los partidarios de la inutilizabilidad de la prueba ilícita, se basa en lo dispuesto en el art. 630, letra d) del c.p.p.i. que referido al juicio de revisión de condena, entre otras hipótesis, alude a la condena pronunciada como consecuencia de un hecho previsto por la ley como delito. Así, “si la declaración de ilicitud es capaz de superar la cosa juzgada, con mayor razón debería impedirse que una sentencia pueda basarse en ella”⁶⁴². De hecho, incluso GALANTINI, a pesar de adherir a la tesis corderiana, ha señalado que “considerar el *giudicato* fuente de «sanatoria» de la inutilizabilidad, significaría tensionar la protección de la tutela de la atendibilidad de la acreditación del hecho, que por el contrario debe encontrarse garantizada incluso para el procedimiento diverso”⁶⁴³.

Por último, esta posición minoritaria ha obtenido cierto sustento en virtud de la denominada «observancia de la *fairness* procesal» consagrada en el art. 6 inc. 1° CEDH, la cual exigiría extender la inutilizabilidad a la prueba ilícita. La jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha considerado claro que “el derecho a la prueba comporta tanto el derecho a la admisión de un elemento gnoseológico verosímil, pertinente, relevante, no prohibido por la ley, solicitado según las formas y en los términos normativamente previstos, como su efectiva asunción en contradictorio y a la valoración de sus resultados”⁶⁴⁴.

Desde esta óptica, CASIRAGHI anota que “difícilmente podría definirse justo un proceso que se desarrolle en la indiferencia por el respeto de los derechos que el ordenamiento considera dignos de tutela penal”. Así lo ha estimado la jurisprudencia de la Corte europea en numerosos pronunciamientos, con relativizaciones en los casos en que la prueba carece del carácter de ilícita en el derecho interno, o cuando, no obstante ser ilícita, se estima la verificación de un debido proceso en atención a la existencia de numerosos otros elementos

⁶⁴¹GIOSTRA, Glauco, “*Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*”, op. cit. (n. 637), p. 3493 s. Cfr. CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 107 “El art. 240 inc. 2° sanciona las interceptaciones efectuadas fuera del procedimiento con violación de normas *diversas* de aquellas establecidas en el código procesal penal. El art. 271 se refiere únicamente a las captaciones efectuadas en el procedimiento con violación de normas procesales”.

⁶⁴²CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1780. Igualmente favorable se muestra: LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 189, nota 231. En contra: GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 264. Para una mayor ilustración sobre el argumento, véase también: G. Dean, *La revisione*, en *Le impugnazioni penali*, dirigido por A. Gaito, vol. II, Torino, 1998, p. 818 ss.; A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, p. 145 ss.; G. Petrella, *Le impugnationi nel processo penale. Trattato teorico pratico. II. I singoli mezzi di impugnazione*, Milano, 1965, p. 679. Otras prohibiciones penales expresamente previstas, se advierten en los arts. 64 inciso 2° y 188 del c.p.p.i.

⁶⁴³GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 265. Cfr. GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 186, nota 71: “habiéndose construido la sanción en objeto [inutilizabilidad] al modo de la nulidad absoluta, se deduce que el único medio de sanatoria está dado por el *giudicato*”. Sobre la posibilidad de declarar la inutilizabilidad en el juicio de revisión, afirmativamente, véase: S. Astarita, voce *Revisione*, en *Dig. Disc. pen., Agg. III*, vol. II, Torino, 2005, p. 1378. Cfr. Spangher, voce *Revisione*, en *Dig. Disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 138.

⁶⁴⁴UBERTIS, Giulio, “*Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*”, en *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 37.

probatorios⁶⁴⁵.

iii. Especial referencia a las conductas ilícitas del privado

Según GALANTINI, la tesis que niega el ingreso de la ley penal sustancial en las prohibiciones establecidas por la ley, no pretende incentivar todo tipo de comportamiento criminal en sede de investigaciones defensivas. Afirmar la plena utilizabilidad procesal de la prueba ilícitamente obtenida podría en efecto significar negar la existencia de un código de comportamiento, en circunstancias que el mismo sí debería informar a la actividad investigativa de parte, cuya ejecución sólo debiese estimarse consentida en los casos que se comprenda dentro del ámbito «penalmente lícito»⁶⁴⁶. De ahí que se sostenga que la actividad desplegada por el *staff* defensivo deba quedar sujeta a las mismas reglas de la actividad de persecución⁶⁴⁷: “los criterios sobre adquisición legítima de la prueba previstas para la sede procesal, también deben valer para el contexto «privado» en atención al ejercicio del derecho a la prueba, sin que incida su eventual ilicitud, ya que la normativa procesal no la considera en vía general y por ende, carecen de relevancia para la parte privada, salvo que el acto ilícito coincida con una hipótesis de ilegitimidad”.

Así, en materia de interceptación de comunicaciones ejecutadas por parte de un privado, GALANTINI explica que dicha prueba sería inutilizable, no por la comisión de un delito, sino que bajo la consideración que se trataría de un medio de investigación de la prueba reservada exclusivamente a los órganos públicos⁶⁴⁸, de modo que en ausencia de prohibiciones probatorias o de inutilizabilidad especiales, las pruebas de actividad privada serían siempre utilizables⁶⁴⁹.

Luego, en lo que respecta a la acción de sujetos privados en sentido estricto, es decir, quienes no pertenezcan a las fuerzas de policía ni se encuentren encargados por éstos, y actúen de propia iniciativa (sea como agentes investigadores o provocadores), desde la perspectiva del principio de no sustitución, éste no se encuentra frente a una elusión subrepticia de las normas puestas a tutela del indagado, por lo cual los elementos de prueba que porte a la policía serán

⁶⁴⁵CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1782 s. “La Corte europea ha luego invitado a los jueces nacionales a examinar la admisibilidad de fuentes y/o medios de prueba sospechosos, en forma previa al examen de mérito del asunto, con el objeto de sancionar eventuales métodos ilícitos empleados en la obtención de las pruebas de cargo, eventualmente esperando la conclusión del procedimiento penal en contra de los agentes de policía imputados por maltrato en contra del acusado”.

⁶⁴⁶GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 206.

⁶⁴⁷CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 250 s.

⁶⁴⁸GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 209 s.

⁶⁴⁹En el mismo sentido, P. Gualtieri, *Indagine difensive e privacy*, Relación efectuada en el Encuentro de Estudio organizado por el Consejo Superior de la Magistratura sobre *Le investigazioni difensive*, Roma, 4 de febrero de 2004, citado en Tonini, Manuale, p. 537 s., sobre la interpretación de los arts. 160 inciso 6°, 47 y 1 del código de la *privacy*, era del parecer que los datos obtenidos en las investigaciones defensivas en violación de este último, eran de todos modos utilizables en el proceso penal.

utilizables, ya que no se puede proteger al indagado de su propia ingenuidad ni de la astucia ajena, sino únicamente asegurarle lealtad en la investigación⁶⁵⁰.

Por otra parte, dentro de los partidarios de la exclusión de la prueba ilícita también existe un matiz relativo a su alcance. En efecto, en la misma línea anterior, VIGORITI, estima que “(...) la tutela reforzada prevista en la Constitución sólo se refiere a la hipótesis de actos lesivos ejecutados por parte de la autoridad pública y no aquellos provenientes de ciudadanos privados, por tanto, sólo los actos ilícitos de los primeros resultan afectados por la pérdida de su eficacia. De hecho, es contra las acciones ilegítimas de la autoridad pública que el ciudadano, por su posición de sujeción, tiene mayor necesidad de ser protegido; en cambio, en contra de los actos ilícitos cometidos por otro particular resulta suficiente la protección ofrecida por el código penal. Aun cuando el derecho lesionado sea el mismo, el ilícito de la autoridad es ciertamente mucho más grave que el del concreto particular, por lo que no puede considerarse injustificado disponer en tales casos, además de la aplicación de las sanciones previstas en el código penal, la inadmisibilidad en juicio de los resultados provenientes de la actividad ilícita”⁶⁵¹.

El que baste únicamente la imposición de una sanción penal, sin que sea preciso una sanción de carácter procesal respecto de los particulares, es criticado por MONTON, por considerarlo problemático «en los casos en que la conducta ilícita no sea constitutiva de delito castigado por leyes punitivas, única sanción que, al parecer, se admite para los actos de obtención ilícita de la prueba cometidos por un particular. Su conducta quedará de esta manera impune, y un acto socialmente reprobado, ya que no penalmente, redundará en todo caso en beneficio de su autor»⁶⁵². En efecto, resulta casi impensable una hipótesis en que un sujeto privado pueda recibir una sanción penal al respecto. Para ello basta traer a colación las condiciones que la oscilante jurisprudencia belga ha elaborado para examinar la ilegalidad de actuaciones de particulares a instancias de la policía. En este sentido se requiere que la ilegalidad haya sido cometida con el fin de usarla en el proceso⁶⁵³, cuestión que si se extrapola a los casos de particulares en sentido estricto, desde una perspectiva de derecho penal sustancial, obviamente repercutirá en la exclusión de un elemento del delito, que impedirá su castigo.

LUPÀRIA, en el mismo sentido, considera que en algunos casos, resulta indiscutible que “el recurso a fuentes externas o superiores al código del rito pareciera ser el único camino para poder excluir del material jurisdiccional afirmaciones *contra se* que no meritan ser puestas a

⁶⁵⁰ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 310 ss. Éste es el sentido del principio de lealtad en Francia, donde 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, datos citados en ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 127), p. 350, nota 18, sin perjuicio de discutirse las hipótesis relativas a las actuaciones privadas ordenadas por la policía, cfr. Cass.Crim. 11 mai 2006, Bull.crim. n° 132.

⁶⁵¹ VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 72.

⁶⁵² VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 73.

⁶⁵³ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 77.

fundamento de una condena”⁶⁵⁴. De acuerdo con el citado autor, “tal conclusión asume aún mayor peso tratándose de hipótesis en que la acción ilícita dirigida a la obtención de la afirmación de confesión sea puesta en movimiento por un privado”⁶⁵⁵. A mayor abundamiento, a juicio de UBERTIS, la prohibición de utilizar en el proceso, medios de prueba ilícita y/o ilegítima puede afirmarse de dos elementos deducibles de la impostación personalísima de la Constitución, esto es, del valor fundamental que la persona humana ocupa en el ordenamiento jurídico y de la tutela del individuo frente a los poderes públicos. Es más, parece exacto interpretar –sobre la base del art. 2º CI– que el segundo elemento constituye una especificación del primero, con el objeto de rechazar expresamente la concepción de Estado totalitario y omnipotente vigente en la época precedente. Por tanto, no obstante la afirmación contraria de VIGORITI, debe afirmarse que la prohibición de ingreso al proceso de circunstancias obtenidas a través de ilícitos cometidos por privados, se encuentra implícitamente comprendida en las normas constitucionales en el entendido que la misma apunta a la represión del ejercicio arbitrario de la propia razón en sentido amplio⁶⁵⁶.

A mi juicio, el derecho a la prueba de las partes, no puede servir de fundamento justificante a la admisión de prueba ilícita obtenida por particulares. Si bien la regulación de esta actividad se encuentra siempre exclusivamente referida a los órganos públicos, ello no implica concluir que los particulares se encuentren libres de obtener pruebas a través de medios ilícitos. “En efecto, dado que la actividad de búsqueda de prueba que las partes puede ejecutar tiene lugar generalmente en sede extraprocesal, por esta razón la misma no se encuentra considerada como un derecho o poder de naturaleza procesal”⁶⁵⁷.

2. «Poder instructorio del juez» como criterio identificativo de prohibiciones probatorias

⁶⁵⁴ El punto cobra especial relevancia si se tiene presente “la consolidada orientación de las SU. de la CS que, en el curso del año 2015, ha reiterado que las declaraciones arrebataadas en el curso de una actividad de interceptación regularmente autorizada, con las cuales un sujeto se acusa a sí mismo y/o a otros de la comisión de delitos, tienen pleno valor probatorio y no necesitan de ulteriores elementos de corroboración de conformidad al art. 192, inc. 3º, c.p.p. Al respecto, en forma previa, se había considerado manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 192, 195, 526 y 271 c.p.p., por contraste con los arts. 3, 24 y 111 de la Constitución y art. 6 CEDU, en la parte en que no preveían que los indicios de culpabilidad y complicidad, captados en el curso de conversaciones interceptadas, debían ser corroborados con otros elementos de prueba que confirmaran su atendibilidad, como sucede en los casos en que la declaración de culpabilidad y complicidad tiene lugar ante la autoridad o ante la policía judicial, y en la parte en que no preveían la inutilizabilidad de tales declaraciones en los casos en que el sujeto, indicado como fuente informativa en la conversación interceptada, se vale luego de su facultad de no responder”, GIORDANO, Luigi, “*Percorsi della giurisprudenza in tema di intercettazioni*”, op. cit. (n. 162), p. 288 s. Sobre el punto cita: SU., 26 de febrero de 2015, n. 22471, Sebbar, Rv. 263715 y Sez. VI, 20 de febrero de 2014, n. 25806, Caia, Rv. 259673.

⁶⁵⁵ LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 186. En nota 217 agrega: “Piénsese en la eventualidad en que alguien constriña con violencia al imputado a escribir un documento con contenido de confesión, y que luego sea adquirido durante el juicio como prueba documental. También viene a la mente el caso del hurto de un diario que contenga una declaración de confesión conservado por el sospechoso en su propia habitación o en la interceptación de comunicaciones reservadas del imputado ejecutada por un privado y por ende punible de conformidad con el art. 617 bis c.p.”.

⁶⁵⁶ UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 64), p. 716.

⁶⁵⁷ VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, op. cit. (572), p. 25.

a) *Formulación original del criterio y su perpetuación a propósito de la inutilizabilidad. Antecedente de la doctrina del male captum bene retendum*

Se trata de la teoría construida por CORDERO a la luz del sistema precedente y repropuesta por el mismo bajo el código de 1988 (seguido por la jurisprudencia italiana mayoritaria), según la cual el análisis sobre la validez de una prueba debe efectuarse según si ella se encuentra o no cubierta por el poder instructorio del juez⁶⁵⁸.

En este punto, antes de proceder a exponer el contenido de este criterio, es del caso remarcar enfáticamente que la construcción del mismo se forma en la premisa de la existencia de prohibiciones probatorias «implícitas» o «tácitas» recabables a través de una interpretación conjunta y armónica del sistema. Aunque se reduzca el ámbito de análisis a las relaciones que puedan proyectarse únicamente dentro del ordenamiento procesal, la cuestión es de la más absoluta relevancia, porque implica afirmar que la identificación de una prohibición probatoria no se agota en la formulación literal de la norma que la contiene en términos negativos expresos, sino que también pueden consagrarse en modo indirecto, o con prescripciones en positivo. Y esto, no obstante el principio de taxatividad que rige la nulidad, que era precisamente el régimen de ineficacia vigente a la época.

La cuestión es de destacar, en primer lugar, debido a que esta superación del principio de taxatividad resta fuerza a la argumentación contraria al reconocimiento de prohibiciones probatorias que en el plano formal la restringe al ordenamiento procesal; y, en segundo lugar, porque se trata de un extremo que no ha sido curadamente tratado por la dogmática española, que continúa predicando el reconocimiento de «prohibiciones probatorias» exclusivamente en base a formulaciones normativas expresadas en términos negativos explícitos, cuestión que debiese considerarse ampliamente superada, a pesar de continuar sometidos a un régimen de nulidad para la solución de esta materia.

La posición mayoritaria italiana, siguiendo a CORDERO⁶⁵⁹, sostiene que la «prueba ilícita» que pueda estimarse comprendida dentro de los poderes de aprehensión coactiva del órgano judicial debe ser utilizada en el proceso; sólo en caso negativo la misma sería inutilizable, sin perjuicio de la sanción penal de su autor a todo evento⁶⁶⁰. Es decir, mientras a nivel disciplinario y penal la prueba ilícita debe valorarse *quod actum est*; a nivel procesal, sus efectos deben analizarse de acuerdo al criterio del llamado «poder instructorio». Como indica GIANTURCO, “en esta materia vale el principio *«male captum bene retentum»*, por lo menos en los casos en que el acto irritualmente ejecutado [entendiendo por tales los actos prohibidos o

⁶⁵⁸ CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 72.

⁶⁵⁹ Al respecto, UBERTIS formula tres críticas concretas, i) en cuanto a la primera categoría, si bien estima poder compartirse el efecto indicado por CORDERO, le critica el hecho de no indicar el esquema sancionatorio al que la somete (nulidad absoluta o relativa); ii) en cuanto a la prueba con cláusula de nulidad, más precisamente se trataría de una nulidad relativa, sanción que el propio CORDERO considera una “contradicción deplorable” del sistema. La tercera crítica la expondremos en el cuerpo del escrito. UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 709 y ss.

⁶⁶⁰ VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 70.

afectados por una sanción de nulidad] ha dado resultados útiles, que igualmente habrían podido ser conseguidos con la autorización del juez, la que puede intervenir *ex post* como sanatoria”⁶⁶¹.

Este «poder instructorio», basado en el derecho sobre la cosa y la *manus iniectio*, implica evaluar si la prueba habría podido adquirirse dentro de los límites del poder *manu militari* del juez. Sólo si la misma no habría podido adquirirse se daría lugar a su inadmisibilidad y siempre que al juez le sea prohibido por la ley, en la formación de su libre convencimiento, fundar sus conclusiones sobre tal circunstancia.

En este punto, se haya el clásico ejemplo de la utilizabilidad del documento cuya posesión por parte del privado deriva de una acción delictiva. Según CORDERO, mientras en sede procesal se trataría de un objeto cuya adquisición habría sido en todo caso siempre legalmente posible a través del poder del juez de ordenar el secuestro de toda cosa pertinente al delito, independientemente de su procedencia; en sede civil el análisis dependerá de la imposibilidad de ejecución forzada de la eventual orden de exhibición impartida por el juez⁶⁶².

Ahora bien un punto que amerita ser subrayado es el determinar el destino de aquella prueba que resulta inválida luego de la aplicación del criterio del poder instructorio, precisamente por no haber podido ser obtenida con autorización judicial, y que por ende, no resulta «saneada».

Como se tuvo ocasión de explicar al inicio de este capítulo, CORDERO entendía que en atención al principio de libre convencimiento, el juez era libre de ponderar la prueba según su propia experiencia, debiendo permitirse el acceso a la fase de valoración, de todo el material probatorio adquirido en fase preliminar. Sólo arribado el momento de la valoración de la prueba, las prohibiciones probatorias operaban en sentido de prohibición de utilización en la motivación de la decisión. Así las cosas, GIANTURCO afirmaba que, las pruebas que no lograban ser saneadas a través del criterio del poder instructor, y por ende, se mantenían inválidas, no revestían el carácter de prueba, y por ende no podían servir de base a la decisión. Sin embargo, tales pruebas inválidas podían ser conectadas con otras pruebas, no como pruebas en sí, sino que como elementos confirmativos de otros medios de prueba⁶⁶³. Se trata de la

⁶⁶¹GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, op. cit. (n. 144), p. 509.

⁶⁶²CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 120 y 135. Se hace presente que: “en el proceso penal las fronteras de los poderes instructorios del juez son incomparablemente más extensos [en relación al proceso civil]: el requisito de la destinación probatoria concurre siempre que la inspección de la cosa pueda en alguna forma procurar un conocimiento útil a efectos de la decisión (...)”; CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 156 s. CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 594), p. 41. En este orden de ideas es interesante hacer presente la decisión de la Corte de Apelaciones de Milán, que en forma previa a la Constitución de 1948, se pronunció sobre la inadmisibilidad de un documento que una parte privada se había procurado con un acto ilícito. En efecto, la exclusión del documento no se formuló en miras a la sanción por la lesión de derechos constitucionalmente garantizados, sino que para uniformarse con la teoría entonces prevalente consistente en que sólo quien hubiese tenido la propiedad o la copropiedad del documento, tendría el derecho de pretender su utilización en juicio. Decisión que VIGORITI critica por representar la adhesión a una tesis excesivamente individualista y privatista en materia de prueba, en CAPPELLETTI, Mauro/VIGORITI, Vincenzo, “*I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*”, op. cit. (n. 614), p. 641.

⁶⁶³GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, op. cit. (n. 144), p. 510.

posibilidad de valoración del elemento ilegítimo cuando el mismo es confortado por ulteriores adquisiciones probatorias ritualmente efectuadas.

Desde la perspectiva de la actual regulación de la inutilizabilidad introducida por el c.p.p.i. de 1988, esta posición doctrinal entiende que la inutilizabilidad presupone que la prueba sea asunta en ausencia o con abuso del poder atribuido al juez: por tanto, debiese ser reservada a las violaciones relativas a la admisión de la prueba, haciendo esta última ineficaz con prescindencia de la modalidad de adquisición. Ello, a diferencia de la nulidad, en que la hipótesis consiste en el legítimo poder de asumir la prueba, pero ejercitado en modo deforme a la ley, y por ende debiese referirse a violaciones cometidas en el procedimiento directo de adquisición de una prueba de por sí admisible. En base a esta teoría, existe una prohibición probatoria en todos aquellos casos en que la ley prohíba en el *an* el ingreso de una prueba en el procedimiento, de modo tal que la autoridad inquirente o el juzgador carezca del poder de adquirirla.

Si bien las repercusiones de esta teoría en orden a la distinción entre admisión y adquisición serán analizadas en otra sección de este mismo apartado, por ahora es suficiente exponer que en el actual sistema, el criterio relativo al poder instructorio para la determinación del ámbito operativo de la inutilizabilidad sigue siendo sostenido por una amplia doctrina, según la cual el reconocimiento de una prohibición probatoria debe ser efectuado en vista a la existencia de un poder subordinado al cumplimiento de presupuestos o condiciones taxativas⁶⁶⁴.

Dentro de esta posición destaca SCCELLA, quien entiende que la identificación de una prohibición probatoria requiere de una norma capaz de expresar una valoración de admisibilidad, ya que la prohibición debe encontrarse referida al ingreso de la prueba al proceso. De ahí que se considere “decisiva la existencia de una norma procesal que prohíba al juez adquirir aquel determinado medio de prueba, desde el momento en que «la formación de la prueba presupone un poder instructorio» de modo que «donde el poder no exista, porque la ley no lo ha reconocido, el acto no puede no ser ineficaz»”. Como consecuencia de ello explica que: “en su dimensión típica, la inutilizabilidad está destinada a activarse sólo en los casos en que una prueba, cuya admisibilidad debió haber sido rechazada por el juez, haya sido materialmente adquirida”. En este orden de ideas, se concluye que la inutilizabilidad no se debe a la transgresión de una norma probatoria sino que a la circunstancia de que a través de una

⁶⁶⁴GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 248. En este sentido: NOBILI, Massimo, sub art. 191, op. cit. (n. 257), p. 411; NOBILI, Massimo, “*Divieti probatori e sanzioni*”, op. cit. (n. 288), c. 646 s.; NAPPI, Aniello, “*Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*”, en *Cassazione penale*, 1991, 1167, p. 1517 y en NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 191: “la inutilizabilidad debida a la falta de conformidad al modelo legal del acto de admisión o asunción de la prueba puede ser de dos tipos. En efecto, puede obedecer a la violación de prohibiciones que funcionan como reglas de exclusión de prueba, o bien, de violaciones de prescripciones positivas acerca de las condiciones de admisión o asunción de la prueba”. Según el citado autor, las primeras pueden darse aun en ausencia de una previsión específica, donde la sanción de inutilizabilidad deriva de la norma general del art 191 inciso 1°; mientras que las segundas siempre requieren de una previsión específica de inutilizabilidad (especial), a falta de la cual no puede considerarse que cualquier violación de ley determine la inutilizabilidad de la prueba; ZIGNANI, Davide, “*Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*”, op. cit. (n. 188), p. 1310 s, reconoce la plausibilidad de prohibiciones probatorias implícitas y plantea la no aplicación del principio de taxatividad a la inutilizabilidad (ver nota n. 5 capítulo II).

conducta conforme a derecho tal resultado no se habría podido obtener, ya que en estricto rigor las pruebas constituidas o aprehendidas en violación de una prohibición de admisión no podrían jamás considerarse válidamente adquiridas al proceso.

b) *Consideraciones críticas formuladas por la doctrina y criterio de la «naturaleza del interés protegido»*

Bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930, el uso de la noción de «poder instructorio», fue objeto de críticas en virtud de la discrecionalidad que la misma implicaba. UBERTIS, repara en su escaza definición, cuyo contenido queda finalmente entregado al arbitrio judicial, provocando el consecuente debilitamiento del principio de igualdad ante la ley y del derecho de defensa⁶⁶⁵. En el mismo sentido, y a mayor abundamiento, VIGORITI estimaba del todo incorrecto sostener un criterio que evalúe “*a posteriori* la admisibilidad de la prueba, porque la misma se «habría podido» obtener en modo legítimo”. En efecto, puede que se haya podido, pero en concreto no se ha obtenido en modo lícito. Por lo demás, se trataría de un elemento insuficiente para convalidar el fruto de un comportamiento *contra jus*, ejecutado por un órgano diverso, en una materia objeto de reserva de ley, cuyos poderes son intencionalmente limitados, y que tal vez actúa sin siquiera tener la certeza que el resultado de la actividad ilícita se encontrará entre aquellas que la autoridad judicial habría podido conseguir legítimamente⁶⁶⁶. Como se ve, estas críticas son del todo familiares a aquéllas que actualmente se formulan en torno a la configuración de la excepción del «descubrimiento inevitable o probablemente inevitable».

En la actualidad, el nudo crítico sigue siendo la identificación de la «prohibición probatoria» como supuesto de aplicación de la regla de exclusión subordinada del art. 191 c.p.p.i. y 283 N° 3 LEC y 11.1 LOPJ, esto es, el contenido preciso de las categorías generales en ellas contenidas.

En efecto, mientras la inutilizabilidad especial italiana y las «prohibiciones probatorias» españolas se encuentran expresamente previstas por una norma referida a un específico medio de prueba, disponiendo la sanción por la infracción de los límites a su admisión (o de particulares modalidades de adquisición⁶⁶⁷); la categoría jurídica establecida en las disposiciones anotadas provocan un sinfín de dudas en orden a la determinación de su presupuesto de aplicación, esto es, en la identificación de la mencionada «prohibición probatoria». Esto por cuanto no toda prohibición probatoria contiene expresamente la consecuencia de su infracción, caso en que se entiende operar un reenvío directo a la regla subordinada⁶⁶⁸: de prueba adquirida con infracción de las prohibiciones legales del art. 191

⁶⁶⁵UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 709 y ss.

⁶⁶⁶VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 70 s.

⁶⁶⁷ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 523 s.

⁶⁶⁸ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 523 a 525.

c.p.p.i. y de prueba obtenida con infracción de derechos o libertades fundamentales del art. 11.1 LOPJ.

La cuestión es más espinosa en el caso italiano, por el hecho de que no bastaría la sola identificación de una prohibición probatoria para invocar automáticamente la sanción de inutilizabilidad, ya que no toda inobservancia de las formas establecidas por la ley que tengan por objeto la legítima adquisición de la prueba serían de por sí suficientes para considerar a esta última como inutilizable⁶⁶⁹. En efecto, es posible identificar casos de «*inutilizzabilità atipiche*» “configurados en modo independiente a la inobservancia de prohibiciones [...] relacionados con la superación de los límites reconducibles de fuentes de diversa naturaleza, no necesariamente normativas: en estos casos, la aplicación de la sanción (art. 191 c.p.p.) depende de la voluntad del legislador que en ocasiones, aun frente a la violación de una prescripción que no integra una prohibición probatoria, fija de todos modos la consecuencia más grave [...], en miras a la satisfacción de determinados intereses, ulteriores respecto de la exigencia primaria de garantizar un cuadro probatorio atendible”⁶⁷⁰.

Con todo, hoy en día, según GALANTINI el criterio del «poder instructorio» resulta inactual, en primer término porque en el nuevo proceso penal el poder instructorio ha sido configurado en relación al derecho a la prueba de las partes y a las prerrogativas de éstas en sede de asunción de la prueba⁶⁷¹; y por otra, porque el mismo implicaría reconocer que toda

⁶⁶⁹En este sentido, GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 4.

⁶⁷⁰ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 12 s. La autora se refiere al caso del art. 729 c.p.p. relativo al régimen de utilizabilidad de los actos asuntos en el extranjero por rogatoria, estableciendo que la autoridad judicial italiana se encuentra sometida a las eventuales condiciones fijadas por la autoridad extranjera para la utilizabilidad de los actos solicitados. En tales casos, el inc. 2° de la citada disposición hace reenvío expreso al art. 191 inc. 2° en modo de operar la configuración de la inutilizabilidad del acto en el caso en que la autoridad italiana contravenga dichas condiciones. A su juicio, no se trataría de reglas de exclusión en sentido estricto, ya que en esta hipótesis no nos encontraríamos frente a la violación de una prohibición establecida en la ley, sino que en presencia de se simples condiciones de utilizabilidad, por lo que la inutilizabilidad operaría en términos de efecto pero no de sanción. Igual *ratio* advierte en las disposiciones del art. 42 sobre la prohibición para el juez abstenido o recusado de ejecutar actos del procedimiento luego de haber sido declarada la abstención o recusación; art. 48 inc. 3° referido a los casos de remisión del proceso en que el juez designado por la CC debe declarar con ordenanza los actos que conservan su eficacia.

⁶⁷¹ En este punto es conveniente hacer presente que el código de 1988 acoge un “sistema de proceso penal improntado al general principio dispositivo que asigna a las partes la carga de solicitar las pruebas, que luego de su adquisición o asunción, se transformarán en el material probatorio utilizable por el juez para la decisión final, al que debe agregarse aquel material irrepetible [art. 431 inc. 1° c.p.p.i.] y aquel que se adquiriera con acuerdo de las partes [art. 431 inc. 2°, 493 inc. 3°, 495 inc. 4° bis, 555 inc. 4° c.p.p.i.; y art. 29 inc. 7° d.l. N° 274 del 2000]. La excepción a este principio está constituida por los casos en que la ley permite al juez una adquisición/asunción ex officio”, BORASI, Iván, BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, op. cit. (n. 72), p. 383. Véase también: TRIGGIANI, Nicola, “*Il «diritto alla prova» nel nuovo codice di procedura penale*”, en *Archivio della Nuova procedura penale*, 1991, *passim*, p. 667-671 y NOBILI, Massimo, sub art. 190, NOBILI, Massimo, sub art. 190, op. cit. (n. 224), p. 400 ss. La cuestión obedece al cambio de modelo cultural consagrado en el nuevo código procesal penal, en el marco de un modelo de orden isonómico basado en el principio de la división del conocimiento y el principio de igualdad de las partes. “El principio de la división del conocimiento presupone la isonomía, es decir, la igualdad entre las partes, y en particular, entre parte acusadora, defensa y juez en la comprobación de la verdad: el principio de igualdad obedece a un código ético, que garantiza la «debidada conducta en el diálogo», mientras que el principio de división del conocimiento, obedece a un código lógico, en cuanto constituye una condición para la formación dialéctica de la decisión a través de la exasperación agonista de la duda y, por ende, una condición para el conocimiento de la verdad práctica”, DE LUCA, Giuseppe, “*La cultura*

hipótesis de prohibición presupone una carencia de poder en fase de admisión o de asunción, lo que no es cierto puesto que existen casos que, presuponiendo un defecto de poder, no se encuentran sometidos a la sanción de inutilizabilidad, de modo que si bien tal carácter puede satisfacer una exigencia clasificatoria, no resulta idónea a resolver la cuestión identificativa⁶⁷². Luego, sobre la posibilidad de utilizar elementos que no puedan ser considerados dentro del poder instructorio del juez, en el sentido propuesto por la doctrina anterior, GALANTINI señala que no resulta aceptable la hipótesis de sanatoria en relación a la violación de una prohibición, de modo que sólo podría sostenerse el empleo válido del mismo resultado siempre que éste provenga *aliunde* y que sea el fruto de una actividad *secundum legem*⁶⁷³.

Para CONTI/TONINI, por su parte y en línea con las críticas apuntadas en la época anterior a la vigencia del presente código, indican que el problema de esta tesis –no obstante parezca insuperable desde un punto de vista descriptivo– es que resulta insuficiente desde un perfil explicativo, trasladando el centro del debate al concepto de «poder instructorio». En efecto, para establecer si tal poder existe o no, resulta imperativo realizar tres valoraciones caracterizadas por un fuerte componente de discrecionalidad en la «identificación» de la prohibición. En primer lugar sería necesario individuar el interés protegido por la norma violada; en segundo lugar, correspondería establecer el rango de tal interés, para en fin ponderar su grado de lesión. En este sentido, la jurisprudencia es rica de situaciones en las cuales una apreciación concreta de la gravedad de la lesión ha inducido a considerar inexistente una prohibición probatoria, registrándose una marcada tendencia hacia la conservación de los elementos de prueba, terminando por clasificarles como meras irregularidades o ubicándolas dentro de las hipótesis de nulidad saneable⁶⁷⁴.

Es precisamente con ocasión de esta crítica, que me parece que el criterio desarrollado por la doctrina para superar el de «poder instructorio» en virtud del criterio de la «naturaleza del interés protegido» por la norma tampoco sea suficiente. En efecto, como se verá el mismo constituye una reiteración del fundamento axiológico desarrollado por la filosofía del derecho para sostener la necesidad de la existencia de una regla de exclusión. De hecho, ya el propio AMODIO que acuñó el criterio de la *ratio* de cada prohibición en particular y la consideración de los efectos prácticos que produce su transgresión, no obstante entender que el mismo

della prova e il nuovo processo penale”, op. cit. (n. 62), p. 185 y sobre la repartición de roles entre el juez y las partes, p. 186 ss. La cuestión también se relaciona con el hecho de que el nuevo c.p.p. instaura un «proceso de las partes», atribuyendo al MP una verdadera carga de la prueba, vid. AMODIO, Ennio, “*Il dibattito*”, en E. Amodio, O. Dominioni, G. Grevi, G. Neppi Modona, P.L. Vigna, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattito*, prólogo de Gian Domenico Pisapia (1ª ed., Milano, Giuffré, 1989) p. 87 ss. Sobre el excepcional poder de iniciativa del juez en materia probatoria, vid. BERTOROTTA, Francesco, “*Mezzi di prova disposti d’ufficio dal giudice e principi accusatori*”, en *Archivio della Nuova Procedura penale* (Piacenza, Editrice La Tribuna, 1992), p. 9- 11; GRANATA, Antonino, “*L’art. 507 c.p.p. extra ratio del sistema probatorio penale o norma parzialmente inconstituzionale?*”, en *ivi.*, p. 55-57.

⁶⁷² GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 137 s., 144 ss., y 230 s. Resulta conveniente hacer presente que, bajo el código de 1930, CORDERO también utilizaba el criterio del interés tutelado por la norma, para identificar los casos de prohibición probatoria derogables, vid. CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 72.

⁶⁷³ GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 74.

⁶⁷⁴ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 99 ss.

resultabaser un parámetro más dúctil, proficuo e idóneo para conducir la solución de un delimitado pero no irrelevante número de casos, y situaciones concretas; también reconocía que no podía constituir un instrumento definitivamente resolutorio de la difícil problemática de la prueba prohibida. Antes de vertir mi óptica crítica, es preciso exponer este segundo criterio.

Bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930, según AMODIO, en virtud de este criterio “se trata de indagar, caso a caso, si la prohibición establecida en la norma tiende o no a proteger la atendibilidad de la comprobación judicial: en caso afirmativo, su violación constituirá un indicio seguro de una tal degradación de la aptitud probatoria del dato adquirido que inducirá a su exclusión de la trama del material utilizable a efectos de la decisión”⁶⁷⁵. En efecto, a juicio de AMODIO, este criterio permitiría superar el problema de los casos en que el vicio adquisitivo no es deducible de una carencia de poder instructorio.

GALANTINI, por su parte, ya a la luz del código de 1988 y en atención a las consideraciones críticas en torno a la teoría antes expuesta, advierte “la necesidad de recuperar un método de corte sustancial adoptado por una parte de la doctrina para reconocer una prohibición probatoria, con márgenes de seguridad confiables, en base al interés, sustancial o procesal, tutelado por la norma contenedora de prescripciones relativas a la actividad destinada a la adquisición de la prueba”⁶⁷⁶. En efecto, la subsistencia de la validez de tal sistema, se aprecia, por una parte, a través del inmutable rol político que desenvuelven las reglas de exclusión, sobre la función dialéctica de los valores fundamentales protegidos por el derecho a la prueba dirigidos a la acreditación de la verdad. Y por otra, la adopción del criterio guía fundado en la *ratio* de la prohibición se ajusta al fenómeno de transposición «razonada» al proceso penal del sistema de *exclusionary rules* típico del proceso penal estadounidense donde la distinción entre prohibiciones puestas a tutela de la atendibilidad de la acreditación (*intrinsic policy*) y prohibiciones dispuestas para la protección de derechos individuales (*extrinsic policy*) resulta fundamental”⁶⁷⁷.

En este escenario, la gran utilidad del criterio de la *ratio* de la norma se ubica a propósito del debate sobre la aplicación del principio de taxatividad del vicio-sanción en materia de inutilizabilidad, y que se tratará a continuación, siendo necesario anotar eso sí que, no obstante

⁶⁷⁵ AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, op. cit. (n. 148), p. 96 s. De todos modos es pertinente destacar que para Amodio, la cuestión más bien recae en el concepto mismo de prueba en cuanto inidónea a persuadir, debiendo considerar prueba ineficaz o no prueba, el elemento intrínsecamente desvalorado de virtud persuasiva a juicio del propio legislador, p. 98.

⁶⁷⁶ Cfr. SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 486, critica esta aproximación por considerarla destinada a crear más incertezas aplicativas de cuantas sea capaz de resolver, debido al hecho que casi todas las normas en tema de prueba resultan establecidas en protección de algún interés sustancial o procesal.

⁶⁷⁷ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 139 s. Resulta en todo caso interesante hacer presente que la individualización del fin protegido por la norma se encuentra inevitablemente condicionada por las motivaciones valorativas del intérprete. Ello sobre todo si se considera que, “la ley ya no presente un fin único, sino que una cadena de fines: por ello «interpretar una ley según sus fines, implica que el juez elija entre uno de los fines que están en dicha cadena, siendo esta opción determinada por motivos que generalmente son ocultos»”, vid. CONSO, Giovanni, “*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?*”, op. cit. (n. 145), 1970, p. 9, citando a Max RADIN, *Statutory Interpretation*, en *Harvard Law Review*, 1929-1930, vol. 43, p. 881 s.

la utilidad práctica que proporciona el criterio «sustancial» de identificación de las «prohibiciones probatorias», el mismo también ha sido criticado por la posición contraria sobre la base de su incerteza ya que consideran que –siguiendo tal criterio– ocurre que “casi todas las normas en tema de prueba resultan puestas en protección de un cierto interés sustancial o procesal; y no podría ser diversamente en atención a la relevante función de garantía que desempeña el derecho de las pruebas (...) y que el poder de ejecutar actos con función de prueba no es jamás atribuido en términos absolutos, sino que resulta siempre subordinado a la existencia de uno o más presupuestos de corte positivo o negativo”⁶⁷⁸, por lo que el método empleado puede favorecer una poco justificable ruptura del área de aplicación de la inutilizabilidad. Los sostenedores de esta crítica son quienes precisamente predicán la vigencia del principio de taxatividad en materia de inutilizabilidad.

c) *Segue. Inutilizabilidad y principio de taxatividad del vicio-sanción vs. principio de no sustitución*

En palabras de SCCELLA, la cuestión apunta a establecer si resultan o no correctas operaciones interpretativas capaces de extender el alcance de las prohibiciones probatorias pacíficamente existentes; esto es, si para la configuración de la inutilizabilidad de la prueba basta o no la superación de un límite no expresamente previsto, pero deducible en vía exegética del sistema⁶⁷⁹.

Si bien el tema suele plantearse en términos de si el principio de taxatividad que rige en materia de nulidad (art. 177 c.p.p.i.) y que, por ende, prohíbe su extensión por analogía a casos homólogos, es aplicable en materia de inutilizabilidad; tal parangón no me parece correcto. Esto precisamente porque pareciera dar a entender que en un sistema donde el régimen de ineficacia de la prueba prohibida se encuentre sometido al estatuto de la nulidad, no pudiese sostenerse la existencia de prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, cosa que no es cierta ya que –como se ha destacado– el propio criterio del «poder instructorio» fue esbozado en un régimen de nulidad, sin que la cuestión haya sido siquiera discutida. Con todo, más allá de eso, en la actualidad, los dos ordenamientos jurídicos que se vienen analizando presentan la consagración expresa de una regla de exclusión subordinada, por lo que el mandato legal supone que la prohibición deba ser concretada en cada caso por el juez.

De cara a no provocar confusiones en este aspecto, es preferible fijar el tema en la cuestión de determinar “si un medio de prueba, un medio de investigación de prueba, o bien si el versátil mecanismo de la prueba atípica, puede superar una prohibición, o una inutilizabilidad especial establecida en relación a un instrumento probatorio diverso”⁶⁸⁰. Ahora bien, interrogarse sobre la extensión de la inutilizabilidad fuera de los casos en que es expresamente prevista, implica a su vez preguntarse sobre la extensibilidad de las prohibiciones probatorias que le sirven de base, más allá de las hipótesis concretas en que se encuentran

⁶⁷⁸ SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 157 ss.

⁶⁷⁹ SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 489.

⁶⁸⁰ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 106.

contenidas, es decir sobre la aplicación del principio de taxatividad de las prohibiciones probatorias mismas.

Para GALANTINI, que trata el asunto en oposición al principio de taxatividad que rige la nulidad, la solución del asunto se encuentra íntimamente ligada con el criterio identificativo de una prohibición probatoria y con el modo en que opera la prohibición de analogía en uno y otro caso. Mientras en las hipótesis de nulidad, el respeto de dicha prohibición significa comprobar que el «caso similar», no obstante compartir la misma *ratio* del «caso principal», no está cubierto por una previsión expresa de nulidad ni es reconducible a la norma de *genus* del art. 178 c.p.p.i. (que es precisamente lo que planteo respecto de la concreción de la categoría establecida en la regla de exclusión subordinada); en materia de inutilizabilidad, en cambio, resulta fundamental establecer si la norma análoga contiene o no una prohibición probatoria, y para ello la similitud de la *ratio* de la norma, a tutela de un interés análogo, no puede ser ignorado.

En definitiva, con ello se pretende expresar que la cuestión de la taxatividad no es predicable respecto de la inutilizabilidad como vicio-sanción, sino que el punto debe ser analizado desde la perspectiva del carácter taxativo o no de las prohibiciones, ya que al caso similar no le será aplicable la sanción de inutilizabilidad en mérito de la extensión –por analogía– de esta última, sino en virtud de constituir por sí misma la violación de una prohibición probatoria (sea que se trate de la aplicación de una «prohibición primaria» o de su operatividad «ultractiva»). En este sentido, observar una prohibición de analogía sería desaplicar una sanción configurada en vía originaria y no analógica⁶⁸¹.

En palabras de CONTI, no se trata de un *vizio derivato*, sino que de un *vizio originario*, que afecta a la prueba con la cual se busca eludir subrepticamente la prohibición violada con la precedente adquisición. En este orden de cosas, se habla de «*infungibilità*», es decir, de no sustitución entre dos pruebas, pudiendo distinguirse un «principio de no sustitución fuerte» y un «principio de no sustitución débil». Este último, es decir el principio de no sustitución débil se refiere a la siguiente hipótesis: “una vez que se ha llevado a cabo una prueba prohibida, obteniéndose un elemento inutilizable (por ejemplo, una interceptación fuera de los casos permitidos), y luego se pretende portar al interior del proceso *tal elemento* aprovechando un canal probatorio diferente y legítimo (por ejemplo el testimonio indirecto de la conversación interceptada)”. Como se advierte, en este caso se está frente al intento de eludir requisitos sustanciales de las pruebas. La segunda, en cambio, alude a todos aquellos casos en que la prueba es ejecutada para eludir los requisitos sustanciales previstos en relación con una prueba diferente, por ejemplo un reconocimiento informal en juicio), donde no existe una violación de

⁶⁸¹ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 160 a 165. Según Galantini, la taxatividad de la inutilizabilidad propiamente tal sólo es predicable respecto de las hipótesis de inutilizabilidad especial y de los casos sometidos a la inutilizabilidad-efecto, mientras que la inutilizabilidad de orden general será taxativa únicamente en la medida en que lo sean las prohibiciones. En este sentido, también, DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191c.p.p.*”, op. cit. (n. 153), p. 3163.

prohibiciones probatorias expresas sino la elusión de las formas típicas de este último medio de prueba⁶⁸².

El primer supuesto debe distinguirse de las hipótesis de inutilizabilidad derivada, ya que mientras la no sustitución débil pretende evitar el ingreso al proceso de información obtenida a través de prueba prohibida, y por ende viciada directamente; la inutilizabilidad derivada plantea la exclusión de material utilizable a partir de una prueba *di per sé* legítima pero en *dependencia* de un antecedente ilegítimo. Luego, la no sustitución fuerte, por su parte, en cuanto límite a la libertad de la prueba que apunta a evitar el ingreso de pruebas que eludan el principio de legalidad de los medios típicos; debe distinguirse de la prueba inconstitucional entendida como límite al ingreso de prueba atípica lesiva de derechos fundamentales⁶⁸³.

De reciente, GALANTINI indica que, mientras la doctrina ha sostenido la subsistencia del principio de taxatividad en materia de inutilizabilidad⁶⁸⁴; la jurisprudencia se ha mostrado variegada y más abierta al reconocimiento de proyecciones constitucionales de los derechos tutelados en el proceso. Así, en ocasiones hace referencia a la taxatividad para excluir la aplicación de una prohibición a un caso concreto y en otras, ha afirmado que el principio de taxatividad es compatible con la existencia de prohibiciones implícitas (relativas a la naturaleza o al objeto de la prueba), siempre que éstas sean deducibles del ordenamiento, esto es, siempre que no sean disociables de los presupuestos normativos que condicionan la legitimidad intrínseca del procedimiento formativo o adquisitivo de la prueba⁶⁸⁵.

Esta segunda dirección ha sido concluyentemente adoptada por las Sesiones Unidas de la Casación en el año 2003⁶⁸⁶, en orden a lo no sustitución en sentido débil, al señalar que:

⁶⁸²CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 255 s. y 275 s.

⁶⁸³Tal confusión se advierte precisamente en ZIGNANI, Davide, “*Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*”, op. cit. (n. 188), p. 1311. En todo caso, el citado autor si bien plantea la no aplicación del principio de taxatividad a la inutilizabilidad, al entender que no todas las prohibiciones probatorias constituyen una excepción a la regla que el juez sólo puede servirse de prueba admisible: “Por el contrario, la existencia de las mismas es sólo el lado negativo de la regla –y por ende la afirmación de la regla misma– y no su negación. En este sentido, el art. 526 c.p.p. podría leerse del siguiente modo «el juez no puede utilizar a efectos de la deliberación pruebas inadmisibles o adquiridas en contravención con específicas prohibiciones». Así las normas excepcionales deberían buscarse en el ámbito de las reglas de exclusión en particular: por ejemplo, la prohibición de secuestro de correspondencia entre el asistido y su empleador (art. 103 inc. 6 c.p.p.), a pesar que pueda consistir en «cosas pertinentes al delito necesarias para la acreditación de los hechos», siendo una excepción respecto de la regla general, que tiende siempre a su disponibilidad por parte de la autoridad judicial (art. 253 inc. 1 c.p.p.). Sólo respecto de la primera tendrá aplicación la prohibición de interpretación *de similibus ad asimila*”.

⁶⁸⁴ Doctrina autorizada ha considerado aplicable el principio de taxatividad a la sanción en examen, cfr. SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 489, “frente a una prueba calificada como no utilizable por una disposición *ad hoc*, sería un abuso analógico referir la consecuencia sancionatoria a hipótesis no contempladas en la misma norma”; NOBILI, Massimo, “*Divieti probatori e sanzioni*”, op. cit. (n. 288), c. 647; NAPPI, Aniello, “*Liberio convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*”, op. cit. (n. 664), p. 1517 y NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 191: “dado que el art. 191/1 prevé la inutilizabilidad como invalidez conectada únicamente a la violación de reglas de exclusión de la prueba, con ello afirma el principio según el cual las hipótesis de inutilizabilidad específicamente previstas para la violación de prescripciones positivas relativas a las condiciones de admisión y asunción de la prueba deben ser consideradas como excepcionales y por ende, no extensibles analógicamente”.

⁶⁸⁵ GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, op. cit. (n. 586), p. 71 s. Cita Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, in C.E.D. Cass. N. 246205

⁶⁸⁶ SCP, SU., 28 de mayo 2003 (depositada el 24 de septiembre de 2003), Torcasio, en Cass. Pen., 2004, p. 30.

“cuando el código establece una prohibición probatoria o bien una inutilizabilidad expresa queda vetado recurrir a otros instrumentos procesales, típicos o atípicos, encaminados a burlar subrepticamente símiles obstáculos”⁶⁸⁷. Así, según GALANTINI, esta inutilizabilidad ‘alternativa’, impediría el uso de un medio de prueba con el que se pretende burlar una prohibición probatoria a través de otro medio de prueba. Señala que, si bien existen algunas previsiones expresas sobre el punto (a saber, los arts. 729 inc.1-ter c.p.p. y art. 226 n. coord. c.p.p. en materia de secreto de estado), el trabajo jurisprudencial parece inspirarse en esta dirección, como resulta de lo señalado en la Consulta y en las Sesiones Unidas a propósito del testimonio indirecto de la policía judicial, prohibido por el art. 195 inc. 4° c.p.p.i., no sólo en relación a las declaraciones documentales, sino también respecto de aquellos casos en que no se ha redactado verbal, debiendo efectuarse⁶⁸⁸.

En opinión de TONINI/CONTI, tal solución se muestra acorde con el espíritu de la ley, por cuanto en el código existen hipótesis en que se sanciona *ex professo* la *non sostituibilità*⁶⁸⁹. Se trataría de un principio que refuerza el canon de legalidad de las pruebas del cual se deduce una prohibición general de sortear subrepticamente la ley.

Ahora bien, en lo que respecta al principio de no sustitución en sentido fuerte, a juicio de los citados autores, con la aplicación del principio de *non sostituibilità* la jurisprudencia crea prohibiciones a través de la dinámica de interacción de normas, con un poder altamente discrecional, esta vez animado del «noble» intento de custodiar el principio de legalidad de la prueba en modo de no traicionar su espíritu. En este caso, el intérprete debe reconstruir la prohibición en vía interpretativa, identificando en cada caso el interés tutelado por el medio de prueba que en concreto se ha pretendido eludir, desde un punto de vista ético y epistemológico, es decir, identificando cómo la elusión de la modalidad adquisitiva repercute sobre la

⁶⁸⁷TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 106. Sobre la formulación del principio de *infungibilità* a partir del sistema, en base al cual a través del uso impropio de un medio de prueba no se pueden obtener elementos que habrían estado prohibidos en conformidad con las reglas puestas como fundamento de otros medios de prueba, *vid.*, CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 243 y cap. III, par. 3.

⁶⁸⁸GALANTINI, Novella, *“Inutilizzabilità della prova e diritto vivente”*, op. cit. (n. 586), p. 84 s. Se hace referencia a las siguientes sentencias: SCC, 29 julio 2008, n. 305; SCP. SU., 28 mayo 2003, n. 36747; SCP. Sec. VI, 17 marzo 2010, n. 13465, Giugno, en C.E.D. Cass. N. 246738; Sec. I., 6 diciembre 2007, n. 46606, Zorzi, en C.E.D. Cass., n. 238710. Sobre la prohibición de utilizabilidad de las declaraciones indirectas, véase, también, CALAMANDREI, Iolanda, *sub art. 195*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 428-439.

⁶⁸⁹TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 106. “Un primer ejemplo se encuentra en materia de inutilizabilidad fisiológica con la prohibición de declaración indirecta de la policía judicial, precisamente finalizado a evitar la superación de la inutilizabilidad en juicio de dichas declaraciones (art. 195, inc. 4°). En el mismo sentido, los arts. 202 inc. 5° y 270-bis inc. 7° prohíben «adquirir» indirectamente las noticias concernientes al secreto de Estado objeto de declaración o interceptación. También se encuentra el art. 240 inc. 2° que prevé la inutilizabilidad del contenido de documentos ilegales. Otra disposición se refiere a las rogatorias: el art. 729 inc. 1°-ter que en ningún caso pueden ser utilizadas las declaraciones, efectuadas por quien sea, que tengas por objeto el contenido de rogatorias inutilizables. En fin, el art. 226 inc. 5° disposiciones actuativas, propone análoga prohibición con referencia a las interceptaciones preventivas”. Para mayor profundidad, *vid.* CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 282 ss.

atendibilidad del resultado y sobre la tutela de los derechos de las partes y de los terceros involucrados en la asunción⁶⁹⁰.

d) *Segue. Falta de reconocimiento del principio de no sustitución en el marco español. Análisis de la expresión «prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales»*

Me parece que en España, la doctrina no se ha ocupado de este aspecto debido a una errónea consideración de aquello que ha de entenderse por prueba refleja. Como se expuso en el capítulo anterior, quienes reconocen la consagración del «efecto reflejo» de la prueba ilícita, la hacen descender de la expresión «directa o indirectamente» contenida en el art. 11.1 LOPJ. Luego, si se observa el contenido atribuido a este efecto, se advierte que –en el fondo– a menudo se incluyen hipótesis que en la doctrina italiana corresponde al denominado «principio de no sustitución en sentido débil».

Recordemos que el principio de no sustitución débil pretende evitar el ingreso al proceso de información obtenida a través de prueba prohibida, y por ende viciada originariamente; mientras que la inutilizabilidad derivada plantea la exclusión de material utilizable a partir de una prueba *di per sé* legítima pero en *dependencia* de un antecedente ilegítimo.

A mi entender, la expresión «directa o indirectamente» apunta a la infracción del derecho fundamental, *rectius*: infracción directa e indirecta de un mismo derecho fundamental, en vía originaria y por ende, vendría a consagrar sustancialmente aquello que la doctrina italiana ha denominado «principio de no sustitución en sentido débil»; en cambio, la cuestión del «efecto reflejo» es una consecuencia que debiese entenderse incluida en el mandato «no surtirán efectos» en el sentido de la proscripción de un uso «directo o indirecto» de la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales.

Efectuar esta distinción, implicaría un aporte sustancial a la discusión y evitaría una línea jurisprudencial que, por esta vía, termina por reconocer eficacia probatoria a prueba originalmente ilícita⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 106 s.; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 277 s.

⁶⁹¹ La distinción que formulamos parece ser tendencialmente advertida por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, en su voto particular en STS 1/2006, de 9 de enero. Decimos en modo tendencial, porque no obstante iniciar el análisis sobre la base de la distinción entre efecto directo e indirecto; luego, en su considerando tercero alude a la vulneración, directa o indirecta, de un derecho fundamental, respecto de la cual nuestro esquema excluye la aplicación del efecto reflejo, por tratarse más bien de una prueba ilícita en su origen y por ende directamente viciada. De todos modos, la referencia que el ponente hace a los «efectos», aunque no compartamos su reflexión en este punto, debe entenderse claramente referida al uso: el efecto propio de una prueba es, en general, ser puesta como fundamento del *iter* argumental del juez en la comprobación del hecho sometido a su conocimiento en cuanto prueba de cargo. Que la norma indique que dicha prueba no surtirá efecto, implica que la misma no puede ser utilizada. Desde esta perspectiva resulta más claro lo expresado en STS 17 enero 2003 con ocasión de la supuesta ruptura del nexo de antijuridicidad entre la información obtenida mediante una diligencia ilícita de entrada y registro y la confesión del imputado, en virtud de la voluntariedad de esta última, al señalar que: “cuando la ley priva de efectos a determinadas pruebas, imperativamente y sin restricciones –como es el caso del art. 11.1 LOPJ–, al hacerlo, impide también que éstas puedan producir el efecto de ser usadas como premisas del razonamiento probatorio, lo

Para una mejor comprensión de la distinción que propugnamos es conveniente esbozar un ejemplo: en el caso de una intervención telefónica declarada nula (prueba ilícita original), no puede llevarse a los policías que participaron en dicha diligencia como testigos de su contenido (principio de no sustitución débil) y tampoco podrá llevarse al juicio un testigo cuya existencia hubiese sido conocida a través de la interceptación (prueba refleja)⁶⁹². A continuación expondré brevemente estos aspectos.

que hace imposible el empleo de las mismas con el objeto de llegar a un resultado inculpatario”. Con mayor precisión, en el marco del mismo tema, *vid.* STS 18 julio 2002, “la utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ”.

⁶⁹² DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 141, nota 138. Si bien no conceptualiza el principio de no sustitución débil en materia de prueba ilícita, es posible advertir su esencia en los ejemplos que propone. En todo caso, los casos resultan interesantes, sobre todo por cuanto la idea de no sustitución también se entiende aplicable a los supuesto de aplicación del régimen de nulidad del art 238 LOPJ. Se advierte, en cambio, una confusión entre los planos del principio de no sustitución y el de prueba refleja en: López Barjas de Quiroga, Jacobo, “*La entrada y registro en domicilio*”, en *Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a la memoria del Profesor Doctor Juan del Rosal* (Madrid, Edersa, 1993), p. 786 s. cuando en materia de efecto reflejo hace alusión a la inadmisión de testimonios policiales para la acreditación de un hallazgo ilícito: “...menos valor todavía podrán tener los testimonios prestados por los agentes actuantes en el registro; tampoco se podrá utilizar las declaraciones de los restantes testigos que hayan presenciado el acto, porque el conocimiento del testigo procede única y exclusivamente del hecho de haberse hallado presente durante la realización del acto constitucionalmente ilícito”. Ejemplos de esta línea jurisprudencial que no opera tal distinción son: ATS 1055/2016, Sec. 1ª, de 9 de junio de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez, f.j. 2º, confirma la desconexión de antijuridicidad del testimonio de un testigo presentado por el recurrente que había presenciado la diligencia de entrada y registro declarada nula, en circunstancias que no debió incluirse en el ámbito de la prueba derivada sino que su expulsión debió basarse en el principio de no sustitución débil; STS de 15 noviembre 2011, que permite el ingreso de una declaración considerada nula por no haber sido asistido de letrado, a través de la testifical policial sobre la misma. Véase también los términos en el que Ministerio Fiscal plantea su pretensión en STC 173/2011, apartado «Antecedentes», N° 6, pár. 4: “Las pruebas practicadas en el juicio oral y valoradas por los órganos judiciales han sido, además del hallazgo de los archivos pedófilos, el testimonio del testigo dueño de la tienda de informática y el del policía instructor del atestado, quien además depuso como perito del informe pericial que se aportó como prueba documental pericial. El hallazgo de los archivos proviene directamente de la medida lesiva del derecho fundamental, pero para determinar si las *restantes pruebas derivadas* adquieren también ese carácter, es preciso analizar si son jurídicamente independientes (STC 81/1998, de 2 de abril). Por lo que respecta a la testifical del policía, considera el Fiscal que es *materialmente inescindible* de la prueba originaria, por no ser sino mera reproducción vía testimonio del acto de injerencia en el derecho fundamental; a igual conclusión llega respecto de la prueba pericial, hallándose *también* en conexión de antijuridicidad con el hallazgo ilícito de los archivos pedófilos. Distinta suerte ha de correr, no obstante, la prueba testifical del encargado del establecimiento, atendiendo a la menor entidad de la lesión del derecho a la intimidad –al no ser intencional– del que tal prueba proviene” (la cursiva es nuestra); STS 460/2011, Sec. 1ª, de 25 de mayo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 3º N° 3; STS 223/2011, Sec. 1ª, de 31 de marzo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 1º parte final, en que un supuesto de no sustitución débil y de prueba derivada son tratados conjuntamente dentro de la aplicación de la doctrina de conexión de antijuridicidad: “Tampoco cabe aceptar como medio de prueba válido el contenido de las declaraciones testificales de los agentes del SVA. Éstos dan cuenta en el juicio de que la información que reportan la han obtenido, en primer lugar, del examen de las conversaciones grabadas por virtud de aquellas intervenciones. Y, en segundo lugar, de los seguimientos y vigilancias que, por virtud de dicho conocimiento, llevaron a cabo sobre la actuación de los acusados. De tal suerte que lo testificado se deriva directamente de lo ilícitamente sabido. Y tal conexión natural y antijurídica no es rota en modo alguno”.

i. Infracción «directa e indirecta» de un derecho fundamental: principio de no sustitución débil

A mi juicio, la distinción que sostengo encuentra reconocimiento en la propia STC 114/1984 en su f. j. N° 5 parte final, cuando señala que: “No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental y, sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo”. Con este párrafo el TC está aludiendo al principio de no sustitución débil y no al efecto reflejo, al que por lo demás no tenía para qué referirse dado que para la verificación de la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías entendía bastar con que la prueba cuestionada hubiese formado parte del acervo probatorio.

Por otra parte, aun cuando a nivel doctrinal no se plantee esta precisión, lo cierto que ella de todos modos subyace en sus afirmaciones. A vía ejemplar vale analizar cuanto apuntado por PICÓ I JUNOY, según quien, sin perjuicio de advertir la ausencia de toda referencia a esta doctrina en los trabajos preparatorios del art. 11.1 LOPJ, mediante la expresión «directa o indirectamente» el legislador habría pretendido recoger, «de manera poco afortunada», la doctrina de la STC 114/1984 sobre el efecto reflejo⁶⁹³.

A juicio del citado autor, con dicha expresión se destaca: “la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido «un derecho fundamental (v.gr. la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone *indirectamente* conculcar otros derechos fundamentales (así, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes)”⁶⁹⁴.

Lo cierto es que incluso con dicha redacción se está refiriendo al principio de no sustitución débil. Si bien el uso de los términos «directa e indirectamente» puede conducir a equívocos, la cuestión puede develarse del siguiente modo, analizando los dos periodos de la oración. En el marco del primer periodo, cuando se refiere a un medio de prueba por el cual pretende introducirse lo logrado por un elemento probatorio que directamente vulneró derechos fundamentales y el vocablo «así mismo», quiere significar que el segundo es indirectamente ilícito en relación al derecho fundamental inicialmente violado, por cuanto se estaría valiendo precisamente de éste con el objeto de no explicitar el primero. Otra cosa es que en el segundo periodo se realce tal conclusión al vincular dicha introducción a la violación de un segundo derecho fundamental, que en ese sentido se señala en modo impropio como «indirectamente violado», ya que lo cierto es que este segundo derecho fundamental resultaría violado en vía directa.

⁶⁹³ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, op. cit. (n. 244), p. 1875 donde se indica que la STC 114/1984 no habría efectuado reconocimiento de dicho instituto.

⁶⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, op. cit. (n. 244), p. 1873.

A mi entender, las nociones «directa e indirectamente» sólo pueden predicarse de un objeto común en cuanto punto de referencia (como lo son a su vez, arriba/abajo; atrás/adelante), de ahí que deba concluirse forzosamente que aún con esta formulación sólo pueda entenderse una referencia al principio de no sustitución y no a la ineficacia refleja de una prueba y que, consecuentemente nos encontremos frente a una prueba originalmente ilícita (sea en modo directo o indirecto) y no derivadamente ilícita. Desde este prisma, resulta equivocado definir el efecto reflejo en los términos en que, por ejemplo, lo hace CERDEÑO HERNÁN, al explicarlo como aquella “ineficacia de las pruebas obtenidas directamente violentando un derecho fundamental y de las que deriven de aquéllas, esto es, de las que indirectamente vulneren el derecho fundamental”⁶⁹⁵, ya que en tal caso se trataría en todo caso de una ilicitud originaria. Como se verá, el efecto reflejo en sí constituye una garantía secundaria de la regla de exclusión y por ello la relación de causalidad ha de entenderse circunscrita al uso indirecto de los datos obtenidos a través de la prueba declarada originalmente ilícita y aquella cuya licitud se cuestione por esta vía.

Esclarecer este punto, conlleva a descartar el uso impropio del término «indirectamente» en orden a la identificación del momento pre o intraprocesal en que la vulneración puede tener lugar y en que se hace consistir equivocadamente el efecto reflejo. Así, por ejemplo, para GONZÁLEZ MONTES, son infracciones directas las que se producen dentro del proceso (en la admisión y práctica de la prueba), e indirectas las que se producen fuera del proceso en la búsqueda y recogida de las fuentes de prueba⁶⁹⁶. Luego, dicho uso impropio, también puede advertirse en el razonamiento de PASTOR BORGONÓN, cuando distingue entre prohibiciones probatorias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales en la admisión o práctica de los medios de prueba en el proceso, y las resultantes de conductas que violen derechos en la labor de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba, para luego indicar que: “el desconocer las primeras supondría un atentado directo contra los derechos y libertades básicos, mientras que ignorar las segundas atentaría indirectamente con ellos, en concreto, contra los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad”⁶⁹⁷. De reciente, la confusión parece perpetuarse en MARTÍNEZ GARCÍA quien ha señalado que “la lesión de un derecho fundamental puede llegar a tener eficacia intra-procesal y eso es precisamente lo que intenta evitar el art. 11.1 LOPJ, de ahí que la prohibición extienda sus efectos a toda prueba derivada de la ilicitud originaria, también llamada prueba refleja”⁶⁹⁸.

Los citados autores no sólo desplazan el derecho fundamental de referencia, sino que utilizan los adjetivos diferenciando el momento en que se produce la lesión del derecho fundamental, cuestión que nada tiene que ver con el contenido «directo o indirecto» de la

⁶⁹⁵CERDEÑO HERNÁN, Marina, “*Algunas cuestiones suscitadas en torno a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional*”, op. cit. (n. 444), p. 206.

⁶⁹⁶GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 39 s.

⁶⁹⁷PASTOR BORGONÓN, Blanca, “*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en *Justicia*, 1986, p. 361 ss.

⁶⁹⁸MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 52 s.

infracción. En mi opinión, el verdadero contenido de aquello que erróneamente identifican con el efecto reflejo, es el denominado principio de no sustitución débil.

ii. Uso «directo e indirecto» de prueba obtenida con infracción de un derecho fundamental en vía originaria: efecto reflejo

Como se ha indicado en el encabezado de esta sección, la cuestión de la prueba refleja dice relación con el «uso» que pueda hacerse de elementos probatorios ilícitamente obtenidos. Es por ello, que en mi opinión, el efecto reflejo se basa –más que en la expresión «indirectamente»– en la noción «no surtirán efectos»⁶⁹⁹, que al no distinguir debe considerarse comprensiva tanto de un uso directo (entendido en el sentido de servir de fundamento a la convicción condenatoria del tribunal en el establecimiento de los hechos) como indirecto de la prueba así obtenida (entendido como prohibición de ser puesto como fundamento de todo tipo de acto o resolución judicial).

En efecto, a diferencia de cuanto sucede en Italia, en el contexto español no caben dudas acerca de que la información obtenida a partir de prueba ilícita originaria (sea por infracción directa o indirecta) no podría ser usada como base de una resolución que estableciera la aplicación de una medida cautelar ni podría ser empleada para evaluar la verosimilitud de una confesión, por cuanto implicaría hacer uso [indirecto] de la misma. A mi entender, igual certeza debiese surgir cuando la misma sea la causante de la obtención de una segunda prueba. Es este uso indirecto, y por sobre todo su potencial uso investigativo a efectos de fundamentar otra actividad de investigación en sí ejecutada en modo lícito⁷⁰⁰, el que debe hacerse consistir en términos de «dependencia» entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita que deriva de la anterior, y que en doctrina se explica en base a una relación de causalidad (causa-efecto)⁷⁰¹, cuya precisa determinación es objeto de asiduo debate y de un constante sofocamiento de excepciones.

En este sentido se pronuncia GASCÓN ABELLÁN, al señalar que: “se trata, más exactamente, de las pruebas lícitamente practicadas a partir de las informaciones obtenidas

⁶⁹⁹ En este sentido, STS 448/1997: “Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto”.

⁷⁰⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 142. A propósito del diferente régimen sancionatorio de la prueba ilícita en relación a la prueba irregular, señalan que: “la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita extiende su juego no sólo al proceso en marcha, ámbito en el que juega exclusivamente el art. 238, art. 225 LEC, sino que también alcanza a la realidad material, extraprocesal: la policía no puede utilizar nada de lo obtenido ni siquiera como *notitia criminis* para iniciar una investigación sobre los hechos de que se trate”.

⁷⁰¹ Aluden a este nexo de causalidad, aunque con matices en el modo de configurarla: GIMENO SENDRA, Vicente, “*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*”, op. cit. (n. 130), p. 1622; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 117 s.; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 89, nota 57; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 28, 1993, p. 240 s.; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 117.

mediante una prueba ilícita, lo que se denomina *prueba ilícita indirecta o derivada*. Constituyen ejemplos de estas pruebas la transcripción de unas conversaciones telefónicas interceptadas (cumpliendo con todos los requisitos) a raíz de la información obtenida en un registro que lesiona la inviolabilidad del domicilio; o la declaración de un policía que aprendió un alijo de droga cuya existencia conoció a raíz de la lesión del secreto de las comunicaciones; o la prueba lícitamente practicada a raíz de la información obtenida mediante tortura de un detenido”⁷⁰².

Enfocar la atención en el «uso» directo o indirecto es el primer paso para el despliegue de la distinción. Así, tal consideración al menos se advierte en STS 4 marzo 1997 (R. Ar. 2215), f.j. 2º, luego reiterada en STS 301/2013, de 18 de abril, y en STS 721/2014, de 15 de octubre, al señalar que: “prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto”⁷⁰³. En términos más expresos todavía, se pronuncia la STS 747/2015⁷⁰⁴, señalando que: “Y en lo que respecta a la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo los criterios marcados por el TC, comienza recordando que el art. 11.1 de la LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Indirectamente ha de entenderse, según ha señalado el TC (ATC 282/1993), como una referencia a aquellas ocasiones en las que se ha producido una previa conculcación de un derecho fundamental que de manera inmediata que si bien no proporciona material probatorio, lo obtenido a través de la misma sirve para conducir de forma mediata hasta otra fuente de prueba. El sentido del precepto implica no solo que no es posible valorar las pruebas obtenidas directamente con la vulneración del derecho fundamental, sino también que *no pueden ser utilizados* legítimamente como *medios de investigación*, o como *datos* para iniciar u orientar una investigación penal, aquellos que hayan sido obtenidos violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Sin embargo, el panorama jurisprudencial no es muy alentador, advirtiéndose el análisis de hipótesis de infracción indirecta como si se tratase de casos de uso indirecto. Así, la STS 460/2011⁷⁰⁵, cuyo f.j. 2 N° 3, parte final, indica que: “(...) aquella *información* no aportó

⁷⁰²GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 59.

⁷⁰³ En el mismo sentido, STS 18 julio 2002 (R.Ar. 7997), ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón, con ocasión de la doctrina de conexión de antijuridicidad.

⁷⁰⁴ STS 747/2015, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro.

⁷⁰⁵ STS 460/2011, Sec. 1ª, de 25 de mayo de 2011, ponente Luciano Varela Castro. El destacado es nuestro. Igualmente, el voto particular de Perfecto Andrés Ibáñez en: STS 297/2011, Sec. 1ª, de 7 de abril de 2011, f.j. 3º, párrafo 4º: “Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesalmente ilegítimo”; y en STS 20/2015, Sec. 1ª, de 28 de enero de 2015: “Efecto «directo» es, también según el Diccionario, el que se produce de forma «derech[a] o en línea recta»; e «indirecto» es el que «no va rectamente». Lo que, trasladado al campo en que se mueven estas consideraciones, significa que fue derivación directa de la prueba declarada ilegítima el conocimiento de la existencia de actividades relacionadas con la droga obtenido a través del control del teléfono, y la incautación de ésta. Mientras que el adquirido mediante la confesión del que recurre -obviamente, gracias a que se le pudo

ningún dato de los constitucional y jurisprudencialmente exigidos para legitimar la decisión que afecta tan frontalmente al derecho al secreto de las comunicaciones de un ciudadano. A su vez, de tal primera conclusión cabe extraer una segunda: la orden judicial de intervención de tales comunicaciones vulneró una garantía constitucional y derecho de los ciudadanos cual es el secreto de las comunicaciones. Y, finalmente, la ilicitud de la obtención de tal fuente probatoria, *constituida por lo conocido mediante tal intervención, no permite la utilización de dicho conocimiento*, ni de aquello que, por razón del mismo, fue obtenido con vinculación causal. Sin perjuicio claro está de las fuentes probatorias que, pese a esa vinculación, están desconectadas de tal antijuridicidad”. En efecto, en el f.j. 5º, al tratar la exclusión de la declaración del agente policial que escuchó las conversaciones intervenidas y la de los que presenciaron la operación llevada a cabo en el aeropuerto de Barajas, como consecuencia de la diligencia de interceptación telefónica declarada ilícita, el TS razona sobre la base de «prueba derivada», en circunstancias que la primera hipótesis caía en realidad en el ámbito de la prueba originalmente ilícita en vía indirecta.

Con todo, la distinción subyace a las líneas argumentativas empleadas por el TS. A vía ejemplar, destaca la STS 988/2011⁷⁰⁶, f.j. 12º –que siguiendo a STS 320/2011– indica que:

interrogar sobre tal sustancia merced a lo previamente sabido por vía de la interceptación inconstitucional- si no fue directo, sólo pudo haber sido indirecto. En definitiva, la conclusión necesaria es que, primero, el art. 11,1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos todos los posibles efectos de aquellas, ya que «donde la ley no distingue...». Y, en segundo término, que por lo argumentado, el hilo conductor que liga las interceptaciones telefónicas y la información (mal) obtenida a través de ellas con el interrogatorio y la confesión del inculpado es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica. De tal manera que entre ambos momentos, para decirlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, existiría en todo caso una objetiva «conexión de antijuridicidad»”.

⁷⁰⁶ STS 988/2011, Sec. 1º, de 30 de septiembre de 2011, ponente Julián Sánchez Melgar, f.j. 12º. En el mismo sentido: STS 818/2011, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 4º, “No se menciona ninguna otra actuación policial o judicial que conduzca a aquel conocimiento, ni ninguna otra diligencia independiente de las intervenciones telefónicas que permitiera justificar la vigilancia y seguimiento de la detención, por lo que asiste la razón al recurrente en cuanto todas las resoluciones posteriores resultan contaminadas por la ilegitimidad constitucional de la primera y resultan igualmente vulneradores del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE.)”, y f.j. 5º, en cuanto a los motivos referentes a la sentencia, “El motivo cuestiona los seguimientos policiales que han llevado a la Sala de instancia a entender probado que el recurrente y José María durante los meses de enero a abril 2003 se dedicaron a vender diversas dosis de cocaína a terceros y en particular la venta efectuada por Dimas en el bar «Concheiros» el 21.2.2003 a Ricardo, dado que aquellos seguimientos tienen su origen las intervenciones telefónicas declaradas ilícitas. El motivo debe ser estimado. Un examen de las diligencias, permisible vía art. 899 LECrim, permite constar que los seguimientos policiales efectuados a Dimas se producen a raíz de la información obtenidas en las observaciones telefónicas ilícitas, su razón de conocimiento es única y exclusivamente la intervención telefónica declarada nula”; STS 808/2011, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 4º: “(...) Ese hecho base fue el hallazgo en el dormitorio del acusado de las llaves que permiten el acceso a la habitación de la perjudicada. Ese hallazgo fue el fruto de la entrada en aquel dormitorio del acusado sin autorización judicial ni consentimiento del mismo. La ilicitud deriva de la evidente vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Y, conforme al art. 11.1 de la LOPJ hace inutilizable tal medio de prueba, como las que indirectamente se encuentran vinculadas al mismo. Entre ellas la admisión de los hechos por el acusado una vez que, por el conocimiento de la posesión de las llaves, fue interrogado. Y que lo mismo cabe decir respecto al interrogatorio del testigo sobre la disposición del dinero por el acusado, indagación que no hubiera tenido lugar de no haberse obtenido ilícitamente el primer dato de la posesión de las llaves por el acusado”. Véase también, STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Conde-Pumpido Touron, f.j. 4º.

“(…) tal efecto: directo e indirecto, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser valoradas –si se quiere, no surtirán efecto, en la terminología legal– aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención indirecta es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el «Discovery inevitable» o la flagrancia delictiva, como supuestos de desconexión”.

Como última observación, es posible agregar que tal vez una razón plausible de la confusión inicial, más allá del uso de los términos «directa e indirectamente», se deba a la introducción por parte de la STS 4 marzo 1997, f.j. 2º, y las SSTS 501 y 538, ambas de abril de 1997, de la distinción entre «prueba diferente» (pero derivada) y «prueba independiente» (sin conexión causal)⁷⁰⁷, cuyo contenido debió ser modificado luego de la introducción de la doctrina de desconexión de antijuridicidad por parte de la STS 81/1998⁷⁰⁸. Tal como queda de manifiesto en la reciente STC 54/2015⁷⁰⁹, para el TC la denominada «prueba diferente», es la prueba derivada naturalmente (que constituiría el requisito o presupuesto necesario para la aplicación de la doctrina de desconexión de antijuridicidad)⁷¹⁰; mientras que la «prueba independiente», en cambio, puede contener dos tipos de prueba, a saber: aquella que es naturalmente independiente (y que, en principio, no le sería aplicable la doctrina de «conexión

⁷⁰⁷ En efecto, como indica MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 147, criticando la STC 86/1995, en el caso de especie no existían obstáculos para considerar la confesión voluntaria del acusado como «prueba diferente», pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de «prueba independiente».

⁷⁰⁸ STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 2º, expresamente señala que: “Este criterio que excluye excepciones en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, directa y refleja, acogido por la doctrina inicial del TS, anterior al desarrollo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad por el TC, es el defendido actualmente por la doctrina mayoritaria”.

⁷⁰⁹ STC 54/2015, Sala 2ª, 16 de marzo de 2015 (BOE N° 98, de 24 de abril de 2015), f.j. 8, párr. 4: “En este sentido, hemos venido afirmando que la posibilidad de valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada, y sólo si existiera dicha conexión procede el análisis de la conexión de antijuridicidad, cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada (por todas, STC 28/2002, de 11 de febrero, f.j. 4). La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada lo que corresponde examinar a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo”. A nivel de TS, *vid.* STS 511/2015, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Conde-Pumpido Touron, f.j. 4º.

⁷¹⁰ En este sentido, expresamente (entre otras), STS 454/2015, Sec. 1ª, de 10 de julio de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º, donde a su vez se citan las SSTS 161/1999, de 3 de noviembre; 498/2003, de 24 de abril; y la 1048/2004, de 22 de septiembre; así como la STC 66/2009, de 9 de marzo.

de antijuridicidad») y la naturalmente derivada pero jurídicamente independiente por haberse aplicado positivamente la doctrina de desconexión de antijuridicidad. De ahí que frente a la primitiva y tradicional distinción entre prueba ilícita (entiéndase originaria) y prueba derivada, se prefiera hablar de «antijuridicidad originaria» y «antijuridicidad derivada»⁷¹¹.

El punto está en acotar y precisar aquello que se entiende por «derivar», que en cuanto verbo intransitivo, dicho de una cosa, alude a que la misma traiga su origen de otra (prueba que tiene su origen en otra); y en cuanto transitivo, relativo a la acción, alude a conducir o encaminar algo de una parte a otra. Teniendo a la vista ambas acepciones del verbo, ocurre que una cosa es que de una diligencia ilícita se originen, a la vez, varios medios de prueba y otra, que de una diligencia ilícita surja una información o dato relevante que sirva de fundamento a la disposición de una segunda diligencia de la cual surja un nuevo medio de prueba, pudiendo sostenerse que la información obtenida en modo ilícito ha conducido la investigación en un determinado sentido.

Mientras el primer caso daría lugar a la aplicación del principio de no sustitución débil ya que se trataría de pruebas diferentes que se han configurado simultáneamente a partir de una ilicitud probatoria, y que por lo mismo resultan directamente prohibidas; el segundo sería propiamente una cuestión de prueba refleja, ya que si bien se trata de pruebas diferentes las mismas surgen en modo concatenado o sucesivo respecto de una prueba ilícita, con la que se encuentran conectadas causalmente, por ser ésta su motivo y razón, y por ello, en relación de dependencia con ésta.

En cierto sentido, y paradójicamente, la precisión que propugnamos advierte incipiente reconocimiento en la reciente jurisprudencia del TS, en base a este complejo uso terminológico de diferenciar entre «prueba diferente», pero derivada de la ilícitamente obtenida y «prueba independiente» sin conexión causal con la ilícita. Así, se indica que se niega efecto alguno a las primeras si se incorpora el conocimiento a través de una vulneración constitucional; mientras que las pruebas indirectas son nulas por una cuestión de mera causalidad natural, en tanto si tal causalidad no existe, la validez provendrá de la propia confesión del imputado»⁷¹².

e) Lectura personal crítica al «poder instructorio» desde la naturaleza intrínseca de las normas de mandato

Me parece que uno de los principales argumentos desarrollados por la doctrina minoritaria italiana es aquel descrito por AMODIO bajo la vigencia del código de 1930, y que no ha sido adecuadamente reflexionado por la doctrina para descartar en términos definitivos una lectura como la propuesta por CORDERO.

En este sentido, dicha impostación fue fuertemente criticada por AMODIO, por considerarla un criterio excesivamente formalista, “que termina por oscurecer las conspicuas diferencias ontológicas de diversas prohibiciones probatorias, sometiendo al mismo tratamiento

⁷¹¹ STS 460/2011, Sec. 1ª, de 25 de mayo de 2011, ponente Luciano Varela Castro, f.j. 4º N° 3.

⁷¹² SSTS 1203/2002, de 18 de julio; 998/2002, de 3 de junio; 1259/2002, de 3 de julio; 28/2003, de 17 de Enero; y 58/2003, de 22 de Enero; 168/2003 (RJ2510), de 24 de febrero de 2003.

del vicio de adquisiciones a hipótesis bien diversas (...). En tal modo, dicho criterio hace desaparecer la distinción entre *prueba ilícita* y *prueba ilegítima*, ya que desde un plano formal no es posible advertir ninguna diferencia entre la operación adquisitiva que integra la violación de un precepto penal y aquella que involucra únicamente la inobservancia de una disposición procesal⁷¹³. Esta circunstancia ha sido expresamente reconocida por SCCELLA, como mayor exponente de la continuación bajo el actual código de las tesis sostenidas por CORDERO, quien – a propósito de la criterio del «poder instructor»– ha indicado que el mismo implica poner en discusión el concepto mismo de «prohibición probatoria», entendida como regla legal a través de la cual se establece el *deber* del juez de negar el ingreso de una determinada prueba, con el objeto de evitar la contradicción implícita en el hecho de atribuir valor probatorio a resultados provenientes de un medio de prueba prohibido⁷¹⁴.

De esta última anotación no sólo se desprende cuánto sea influyente la concepción del ámbito de aplicación de la regla de exclusión respecto del procedimiento probatorio, esto es, si la misma debe entenderse concebida respecto de reglas/prohibiciones de admisión y adquisición de la prueba, o solo respecto de las primeras; sino que la misma posee tal gravedad que debiese estimarse concluyente para detener la plausibilidad de las argumentaciones que se han venido desarrollando hasta ahora, y que esta investigación tiene por objeto dejar en evidencia.

En efecto, a mi juicio, la doctrina no se ha detenido con suficiente dedicación a explicitar las deficiencias que la tesis mayoritaria presenta desde un punto de vista técnico. Por esta razón no me parece que la misma pueda calificarse de «impecable» desde un plano formal, porque es precisamente en este sentido en que la misma es abiertamente errónea.

Cuando AMODIO señala que esta teoría abandona toda distinción entre prueba ilícita y prueba ilegítima, es lo mismo que SCCELLA advierte al indicar que la misma pone en riesgo la existencia misma del concepto de «prohibición». Tal como se ha indicado en forma previa a iniciar este apartado, las prohibiciones se encuentran establecidas en normas de mandato, que expresan una obligación o una prohibición, que en materia de prueba se encuentran dirigidas a las partes y que, por ello deben entenderse referidas a los actos procesales de parte (o del tribunal en caso de un actuar probatorio oficioso). Estas normas primarias tienen por objeto regular una conducta, en cuanto hecho extraprocesal, que precisamente por ello la doctrina mayoritaria considera necesaria una remisión o consagración normativa expresa.

Luego, por definición, si esta norma de mandato resulta violada, sea por una acción o o por una omisión, según se trate de una prohibición o una obligación, respectivamente, el acto debe estimarse ilícito. Si la norma violada es una orden y por tanto el acto ilícito es una omisión, la reparación no puede excluir la desaparición de las consecuencias de la omisión, pero sí puede interrumpir dicha omisión sustituyéndola por la acción contraria, por lo que la reacción del ordenamiento jurídico en el caso de omisión puede consistir, principalmente, en provocar el cumplimiento de la acción contraria, o bien en disponer las condiciones necesarias

⁷¹³AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, op. cit. (n. 148), p. 96.

⁷¹⁴SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 160.

para su cumplimiento, en modo que –no obstante la transgresión– los objetivos predeterminados por la norma violada o su objetivo equivalente o subrogado puedan ser alcanzados. Sin embargo, tratándose de una «prohibición», dado que la acción ya ejecutada en el plano de la realidad no puede ser anulada, la reacción del ordenamiento que tenga por objeto su reparación no puede afectar sólo a la acción en sí misma sino que también el producto de la acción ilícita⁷¹⁵. De ahí que todo tipo de interpretación que pretenda dar eficacia a ese resultado sea manifiestamente ilógica e inconsistente con la naturaleza misma de la «prohibición», contraria a su espíritu y, en definitiva, susceptible de ser calificada de ilícita e inconstitucional.

A mayor abundamiento, y con el objeto de aprovechar la instancia para esclarecer dos puntos que están presentes en las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales de los sistemas analizados en esta investigación, esto es tanto el recurso a tesis que propongan la introducción de juicios de ponderación para la aplicación de la regla de exclusión en base al efecto disuasorio de la misma; como interpretaciones que enarbojen excepciones en base a la buena fe o al error, es necesario evidenciar dos propiedades inherentes a las normas de mandato, cuya ignorancia es precisamente la que al parecer da lugar a tales infortunadas propuestas.

i. Normas de mandato: concepto de «antijuridicidad» del acto y proporcionalidad de la invalidez

Se ha indicado que en el juicio de validez/invalidez de un acto jurídico, en este caso procesal, basta la comparación de dicho acto con las normas que –como se viene afirmando por la tesis mayoritaria– se encuentran establecidas en el ordenamiento procesal (sin perjuicio, de que en el capítulo final expliquemos por qué ello no es efectivo tratándose de la prueba). Es precisamente porque nos encontramos en el ámbito de un juicio de validez el que exige que la comparación entre la conducta o acto eventualmente «ilícito», se efectúa respecto de la norma en términos de simple tipicidad o antijuridicidad objetiva, sin que tengan incidencia los restantes juicios que corresponde realizar a efectos de la imposición de la sanción.

En palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, en este contexto, el examen de «ilicitud», no puede significar un reproche subjetivo al agente; por el contrario, en la apreciación de la invalidez, “la antijuridicidad habría de entenderse en su sentido objetivo, como disconformidad entre el acto y el mandato jurídico”, sin que para nada hayan de tenerse en cuenta las causas de justificación (como la legítima defensa o el estado de necesidad), ni el error sobre los hechos o el error de prohibición invencibles. Ni siquiera son relevantes los criterios de imputación, como la culpa o el dolo. Si bien todos ellos pueden eventualmente excluir, en su caso, la sanción, no pueden excluir la invalidez, siendo todos totalmente independiente al enjuiciamiento de la invalidez⁷¹⁶. Según explica este mismo autor “el Tribunal Supremo ha advertido en numerosas

⁷¹⁵BOBBIO, Norberto, voce “*Sanzione*”, op. cit. (n. 583), p. 535.

⁷¹⁶ Es del caso hacer presente que la doctrina alemana, creía posible sostener que la valoración sustancial de «ilicitud» podía reflejarse directamente en el proceso sólo a través de ciertos principios procesales (de buena fe, lealtad o probidad) en que debía inspirarse el comportamiento de las partes. En tales casos, estimaban que la sanción procesal más adecuada para la conducta incorrecta del agente, teniendo en cuenta la ausencia de una

ocasiones que la ignorancia por las partes sobre la prohibición o los límites violados por el contrato –por ejemplo, calificación urbanística de la finca– no evita la invalidez, así como que la apreciación de causa ilícita no precisa ni incluye un reproche de culpabilidad a las partes contratantes”⁷¹⁷.

Que la invalidez sólo requiera una constatación «objetiva» de antijuridicidad es por lo demás del todo coherente con el modo con que estas conductas operan en materia probatoria. En efecto, los sujetos activos de la conducta ilícita desplegada para la obtención de prueba en la esfera extraprocesal e incluso procesal, difícilmente podrán satisfacer las exigencias subjetivas específicas de los respectivos tipos, a pesar de tener consciencia de que con su conducta están infringiendo una norma. Piénsese, por ejemplo, en el robo o hurto de un documento o en el testimonio que revele información cubierta por el secreto profesional.

En el primer caso, es claro que siempre faltará el requisito del ánimo apropiatorio que viene transversalmente exigido en todos los ordenamientos jurídicos: el sujeto no aprehende materialmente el documento con ánimo de señor y dueño, por el contrario, –y siendo evidente que se trata de un documento ajeno– lo hace con el único objetivo de presentarlo en juicio en favor de su pretensión, lo que en la mayoría de los casos implicará, a su vez, reconocer su pertenencia a un tercero. En el segundo caso, por su parte, dado que típicamente se exige que la revelación se produzca «sin justa causa», resulta casi imposible que un tribunal no la estime configurada cuando el sujeto justifique la revelación en su ánimo bien intencionado de colaborar a la acreditación de un determinado delito. Del resto, y aunque no se diga en voz alta, me parece que en esta última hipótesis es posible, además, poner en entredicho que no se efectúe ninguna alusión a la figura del juez presente en el momento de la revelación del secreto. Dado que obviamente se conocerá (o una defensa medianamente diligente hará presente) la relación profesional, permitir la revelación coloca al juez en una eventual posición de cómplice, coautor o incluso, de instigador, según cuál sea la amplitud con que estas figuras estén concebidas en cada particular ordenamiento jurídico⁷¹⁸⁻⁷¹⁹.

Es por estos motivos que, en realidad no sea plausible el fundamento de que, en este sentido, el ciudadano se encuentra debidamente protegido o reparado a través de la responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del acto ilícito, ni sea necesario poner en evidencia que en raras ocasiones esta responsabilidad sea efectivamente perseguida. En otras palabras, no se precisa la elaboración de trabajo de campo alguno para predicar la insuficiencia

causal objetiva de justificación y la naturaleza de la infracción cometida, era la prohibición de su utilización. *Vid.* referencias doctrinales en COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, op. cit. (n. 89), p. 593, nota n. 13.

⁷¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción”, op. cit. (n. 585), p. 15.

⁷¹⁸ En efecto, según el art. 15 N° 1 del código penal chileno: «Se consideran autores: N° 1. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite»; mientras que el art. 16 dispone que: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos».

⁷¹⁹ Véase también los obstáculos procedimentales y materiales en el tratamiento de la prueba ilícita por infracción de legalidad penal, analizados por ASENSIO MELLADO, José María, “*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*”, op. cit. (n. 336), p. 10 s.

de la sanción no procesal, siendo contrariamente clara la consecuente necesidad de sancionar en el plano procesal, ya que la sola consideración teórica del asunto devela tal circunstancia.

Finalmente, una ulterior consecuencia de la concepción de «antijuridicidad objetiva» como supuesto «contingente» de la invalidez, es que la «proporcionalidad» de la invalidez, esto es, del régimen de «eficacia» a que se someta el acto declarado ilícito debe ser conmesurado según la gravedad de la «infracción», sin que jamás pueda emplearse como término de referencia la culpa del agente, es decir, el juicio de desvalor que merece su acción, que –por el contrario– es lo decisivo para la proporcionalidad de la pena⁷²⁰.

En efecto, como se ha tenido ocasión de exponer en el capítulo segundo, la tentación a recurrir a conceptos tales como la «buena fe» o el «error», aun cuando se reconozca la existencia de una violación a una prohibición ha conducido a negar su existencia en sí misma, para reconocer validez igualmente a los resultados de una actividad ilícita, donde el ejemplo paradigmático es la doctrina de «conexión de antijuridicidad» española. La formulación de «juicios de proporcionalidad» basados en el mayor o menor reproche subjetivo del agente implica soslayar los resultados efectivamente causados en lesión de derechos o intereses que son prescriptivamente protegidos mediante una concreta prohibición.

ii. Normas de competencia y su efecto disuasorio «reforzado» mediante normas de mandato

El hecho de que las normas de competencias guíen el procedimiento idóneo a la obtención de un resultado institucional, a modo de *carga* para sus destinatarios, hace que –en su gran mayoría– tengan un efecto simbólico en el plano de la orientación de las conductas o actos naturales de los sujetos que pretenden útilmente dar vida a un acto jurídico.

Obviamente, tal fin disuasorio no puede darse siempre, como sucede precisamente en los casos de error, donde por razones intrínsecas no puede desplegar efecto disuasorio alguno. De ahí que sea una aporía negar la exclusión de prueba ilícita justificando la hipótesis de error y por ende, la ausencia de exigencias disuasorias que exijan su aplicación, puesto que ya desde el plano de la invalidez, tal consideración es indiferente para que el ordenamiento no reconozca la existencia del acto. Como explica DELGADO ECHEVERRÍA “la frustración del interés del sujeto al resultar su acto inútil no es una consecuencia añadida por la ley (imputada a la conducta del sujeto), sino causada por la conducta misma, ya que al Estado le es indiferente que el sujeto alcance o no su propósito y, por tanto, cuál sea su conducta al respecto”⁷²¹.

A mayor abundamiento, y siguiendo al mismo autor, es precisamente para potenciar el efecto disuasorio de la regla técnica que las mismas suelen ser acompañadas de «normas prohibitivas», en razón del contenido de los actos o de la incompatibilidad de su contenido normativo con normas superiores. Mientras las normas técnicas guían la conducta de los

⁷²⁰DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción”, op. cit. (n. 585), p. 23.

⁷²¹DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción”, op. cit. (n. 585), p. 25.

sujetos «persuadiendo», esto es a modo de recomendaciones o advertencias; las normas de mandato, en cambio, apuntan a lo mismo mediante la «intimidación» de la sanción.

Nuevamente, entonces, aparece que las continuas remisiones al sistema norteamericano con el objeto de importar situaciones de excepción a la aplicación de la regla de exclusión o a su efecto reflejo, quedan absolutamente proscritas desde la perspectiva lógica en que las mismas se estructuran en los sistemas continentales. La «ponderación» en cada caso de la aplicación de la regla de exclusión en vistas a su efecto disuasorio tiene sentido en Estados Unidos, porque –como se anticipó en el capítulo primero– se trata de un fundamento que reconoce una existencia intermitente de la regla porque el reconocimiento de la prohibición queda entregada al juez bajo un criterio disuasorio. En cambio, en los sistemas continentales el fundamento de existencia de la regla de exclusión en atención a la posición preferente de los derechos fundamentales, obliga a que constatada la lesión de éstos y por ende, configurada la violación de una prohibición, la regla deba irremediablemente aplicarse, ya que la necesidad disuasoria viene fijada anticipadamente en forma expresa por la ley, sea a través de reglas de exclusión analíticas o mediante el establecimiento de reglas de exclusión subordinadas.

Me parece que en este error incurre DE LA OLIVA SANTOS cuando, formando una posición minoritaria en España, explica que el fundamento de la regla de exclusión sea su efecto disuasorio. En vez de conducir el análisis desde una intensificación de aquel efecto disuasorio inherente a una regla técnica; el citado autor lo expone al revés, esto es, como una intensificación de la regla de mandato. En efecto, señala que el legislador puede legítimamente considerar que ciertas infracciones jurídicas deben conllevar no sólo sanciones directas (civiles o penales, o de ambas clases), sino también la consecuencia negativa de eliminar el valor procesal de lo que, en sí mismo, constituiría un instrumento probatorio. Entiende que de este modo las armas contra la ilicitud o infracción jurídica serán más completas y efectivas. Así, continúa explicando que la eliminación del valor procesal no es la «única» consecuencia negativa, sino que de lo que se trata es de añadir esa eliminación a otras consecuencias, que no serían consideradas suficientes. “La alternativa verdadera, que demanda una opción legislativa, es atribuir valor probatorio o *añadir un elemento disuasorio más*. Se puede pensar, desde luego, que si una fuerte sanción penal no es eficaz respecto de comportamientos como la violación del secreto de las comunicaciones, las graves lesiones contra la intimidad o la propiedad, poca o ninguna eficacia disuasoria añadirá privar de eficacia procesal probatoria a los instrumentos logrados con tales ilicitudes. Por el contrario, cabe entender que, a falta de mediciones fiables de la fuerza disuasoria de unos y otros medios, algunos comportamientos ilícitos merecen no ahorrar ninguno de esos medios. En todo caso, los términos de la alternativa son los descritos: disminución de las posibilidades de prueba frente a un *adicional* elemento disuasorio de conductas antijurídicas”⁷²².

Como se advierte, este modo inverso de exponer la cuestión contiene un sinsentido, puesto que la exclusión del valor probatorio no puede estimarse una fórmula para «prevenir» el

⁷²²DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, op. cit. (n. 112), especialmente, p. 199 s.

avenimiento de estas conductas ilícitas en general; sino al revés, de lo que se trata es que estas conductas no tengan lugar en el ámbito del proceso, donde las reglas técnicas que lo guían resultan ser insuficientes a tal fin. Por tanto, mediante esta fórmula, las que se vuelven «más completas y efectivas» no son las normas de mandato, sino las reglas técnicas a que las primeras acompañan.

Tener en cuenta los dos extremos explicados, permite situarse en mejor pie para comprender y revisar críticamente las restantes consecuencias derivadas de las tesis planteadas por la doctrina mayoritaria. Si bien hasta ahora me he hecho cargo de exponer y explicar todo cuanto esta doctrina plantea a efectos de la definición de la «prueba prohibida», excluyendo de dicha noción tanto a la «prueba ilícita» como a la «prueba inconstitucional»; ahora corresponde que intente formular con la mayor profundidad posible cuanto sea criticable su concepción del libre convencimiento y las graves consecuencias a que éste conduce. En efecto, sólo así podremos conjugar ambas premisas (en materia de prohibición probatoria y en materia de procedimiento probatorio), para comprender las discusiones que hasta hoy se plantean en orden a la anticipación del debate a fases previas al juicio y su circunscripción a la sola prueba *constituenda*. Por su extensión, el siguiente apartado se dedica a tales aspectos.

IV. Ámbito de operatividad de la «prohibición de utilizabilidad»/«prohibición de valoración» de «prueba prohibida» en fase de «valoración»

1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del convencimiento del juez

Al inicio de este capítulo ya anticipé que era la interpretación laxa del principio de libre convencimiento planteada por CORDERO, siguiendo a VASALLI, la premisa que se encontraba a la base de considerar la existencia de prohibiciones probatorias establecidas únicamente con ocasión del procedimiento de admisión y adquisición, rechazando que este primer aspecto fuese considerado parte de un «juicio de admisibilidad preventivo», esto es, operado al inicio del proceso, tal como lo exige una regla de exclusión en sentido técnico.

a) Errónea identificación del desvalor atribuido a las pruebas legales bajo el antiguo régimen

Se trata de esclarecer cómo es que la previsión de reglas de exclusión subordinadas y analíticas, así como las concreciones a que dará lugar la primera, no deben confundirse con un supuesto retorno a un «régimen de prueba legal o tarifada». En efecto, como bien indica TARUFFO: “el principio de taxatividad de las pruebas admisibles es teóricamente compatible con un sistema enteramente dominado por la regla de la libre valoración de la prueba, del mismo modo en que, al contrario, un sistema en que prevalezcan las pruebas legales no implica

necesariamente una tipología taxativa de los medios de prueba admisibles”⁷²³. Por ello es que estimo conveniente efectuar una precisión sobre cuál era el aspecto negativo que se atribuía al «régimen de prueba legal», contribuyendo así a delimitar el verdadero ámbito de aplicación del «principio del libre convencimiento» y hacer presente desde ya su distinción respecto del «principio de libre valoración de la prueba».

Se trata de establecer si la expresión «prueba legal» tiene por objeto designar globalmente toda forma de límite o vínculo normativo en relación con cada uno de los tres diversos momentos en que se descompone el procedimiento probatorio, o no. En este sentido, en términos generales, FLORIAN indicaba que la intervención del legislador en la regulación de la prueba podía efectuarse de tres modos: limitando el objeto de la prueba y los medios a través de los cuales ejecutarla; trazando el respectivo procedimiento; y preestableciendo el valor de la prueba⁷²⁴. Para FURNO, estos tres tipos de intervenciones daban lugar a las llamadas «reglas probatorias legales».

En materia procesal civil se entiende por «prueba legal» tanto el hecho que el legislador limite o excluya la admisibilidad de un medio de prueba, como el hecho que la valoración de un medio de prueba admitido y rendido (asunto) venga predeterminada *a priori* por una norma, por decirlo en algún modo, interpretativa-valorativa *ad hoc*.

En sede procesal penal, en cambio, el concepto de «prueba legal» era restringido únicamente al aspecto valorativo que interviene sucesivamente al término del procedimiento probatorio, esto es, una vez finalizada la valoración sobre la eficacia de la prueba. Es entonces esta valoración sucesiva e interpretativa— la que está cargada del desvalor asignado al «*ancien régime*», como limitación probatoria cuya aplicación quiere restringirse fuertemente en el sistema vigente bajo el c.p.p.i de 1930.

Así, dada la inexistencia general de reglas en fase de admisión, este ámbito del procedimiento probatorio penal no resultaba «afectado» por el juicio negativo relacionado a la evolución histórica de las «pruebas legales». Al contrario, se auspiciaba una revaloración de la función de los límites de admisibilidad de los medios de prueba e incluso de la función de los límites de valoración de los mismos (entiéndase, su eficacia)⁷²⁵. En este sentido se afirmaba que «un total ostracismo a las pruebas legales no parecía justo», ya que éstas también apuntaban a asegurar la verdad material, a recoger y coordinar las experiencias y, en fin, a crear baluartes válidos para la defensa de los imputados⁷²⁶.

En efecto, desde la óptica de las normas sobre prueba penal como normas de garantía y

⁷²³TARUFFO, Michele, “*Prove atipiche e convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 140), p. 391 s. En el mismo sentido, vid. SABATINI, Giuseppe, “*Prova e giudizio penali nel progresso della tecnica*”, en *Giustizia penale*, 1974, III, c. 2. Sobre la vigencia de ciertos casos de prueba legal en el c.p.p.i. de 1930, vid. ANTONIONI, Filippo, “*Regole di prove legale e processo penale*”, en *Giustizia penale*, 1955, III, c. 8-18.

⁷²⁴FLORIAN, Eugenio, *Delle prove penali*, op. cit. (n. 568), p. 7 s.

⁷²⁵UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, op. cit. (n. 71), p. 707 s. En el mismo sentido, vid. PANSINI, Gustavo, “*Le ricognizioni nel processo penale*”, op. cit. (n. 148), p. 690; UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 39), p. 123 s.

⁷²⁶GUARNERI, Giuseppe, “*L’altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*”, op. cit. (n. 152), p. 595 s.

de la diversa identidad de los bienes jurídicos en juego en sede civil y penal, es posible sostener que, mientras “en el proceso civil la tutela del llamado derecho a la prueba se ha generalmente identificado con la *eliminazione* de ciertas reglas probatorias⁷²⁷ (siendo expresión extrema de esta postura la motivación de la famosa sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 248 de 1974); en el proceso penal la misma elaboración inicial del «derecho a defenderse probando» (en un famoso ensayo de Giuliano Vassalli⁷²⁸) coincidía en buena medida con un manifiesto en favor de la *introduzione* en el código procesal (en el entonces código de 1930) de nuevas y más analíticas reglas probatorias dirigidas a proteger la posición del imputado”⁷²⁹. Como anota ALLORIO, “la unidad de disciplina de las pruebas civiles y penales es un objetivo difícilmente realizable, y quizás ni siquiera deseable, ya que considerando los diversos valores involucrados en ambos procesos, su propia estructura exige una técnica de acreditación inevitablemente diferente”⁷³⁰.

He aquí entonces el equívoco de la conceptualización de procedimiento probatorio (susceptible de ser regulado por pruebas legales) en los términos planteados por CORDERO y VASALLI, toda vez que terminan por adosar un desvalor a las pruebas legales en sede penal que no sólo no se condice con la evolución histórica del instituto, sino que además la confunde con aspectos que habían sido formulados sólo para el proceso civil.

El hecho de esclarecer qué es lo que se entiende por «prueba legal», en el sentido negativo previamente explicado, nos conduce a dilucidar que el ámbito de aplicación del «principio de libre convencimiento» debiese considerarse referido únicamente al momento de la valoración del medio de prueba⁷³¹, sin que la valoración sobre su relevancia (eficacia) pueda

⁷²⁷ TARUFFO, Michele, “*Note per una riforma del diritto delle prove*”, op. cit. (n. 11), p. 262 y 285 s., donde se refiere a la eliminación de las reglas de prueba legal, en materia civil, relativas a la eficacia de la confesión y del juramento y de ciertas reglas de inadmisibilidad de la prueba en materia de declaraciones juradas sobre derechos indisponibles y en materia testimonial. En el mismo sentido, véase la evolución ofrecida en materia civil en CAPPELLETTI, Mauro, “*Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*”, en *Processo e ideologia* (1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1969), p. 218 ss.

⁷²⁸ VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, op. cit. (572), *passim*, p. 3-59, en particular p. 12 ss. “... es decir, el derecho a no ver paralizada la propia posibilidad de defensa a través de una restricción arbitraria de los medios de prueba ofrecidos al juez o del objeto de la prueba propuesta”.

⁷²⁹ CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 965. Igualmente, SABATINI, Giuseppe, “*Prova e giudizio penali nel progresso della tecnica*”, op. cit. (n. 723), c. 2: “es imposible no admitir, aunque sea en medida modesta, la intervención de la ley para la disciplina de la prueba en el proceso penal, dado el altísimo interés público que preside el mismo”, sin perjuicio de que discrepe con la función exclusivamente garantista del derecho de defensa de las normas sobre la prueba; NAPPI, Aniello, “*Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*”, op. cit. (n. 664), p. 1516, evidencia cómo es que el nuevo c.p.p. propone una disciplina normativa más detallada tanto respecto de la adquisición como de la valoración de la prueba.

⁷³⁰ ALLORIO, Enrico, “*Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*”, op. cit. (n. 148), c. 870.

⁷³¹ TARUFFO, Michele, “*Prove atipiche e convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 140), p. 391. En nota n. 9 señala que: “el que éste sea el núcleo efectivo del principio del libre convencimiento ha sido confirmado por la investigación comparada”, citando a Nagel, *Die Grandzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess*, Baden-Baden, 1967, p. 72 ss.; Cappelletti, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, en *Giur. it.*, 1968, IV, p. 49 ss.; NAPPI, Aniello, “*Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*”, op. cit. (n. 664), p. 1515: “Para la doctrina procesal penalista la afirmación de la libertad del libre convencimiento del juez tiende sólo a excluir toda predeterminación legal del valor persuasivo de las pruebas”.

considerarse cubierta por dicha libertad. En otras palabras, no puede afirmarse la vigencia de un principio de libre valoración que atribuya al juez el poder de elegir libremente las fuentes del propio convencimiento, que es lo que en definitiva se hace en la determinación de su eficacia.

Como se ha indicado, a propósito de este último extremo, mientras – en Italia– en sede civil, la cuestión ha sido discutida a propósito de las llamadas «pruebas atípicas»⁷³²; en sede penal la cuestión ha dado lugar al debate sobre la utilizabilidad o no, de la llamada «prueba ilícita en sentido técnico italiano» (esto es, aquella obtenida con infracción de derecho penal sustancial), el cual se ha perpetuado en el sistema vigente de 1988, no obstante la premisa en que él mismo se ha estructurado, según la cual no toda prueba es susceptible de ser utilizada en el proceso penal⁷³³. Luego como se ha indicado en el capítulo anterior, en España la discusión se pone con respecto a las pruebas irregulares; y en ambos sistemas, con ocasión de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales (en el supuesto de la «prueba atípica» *ex art. 189 c.p.i.* y en el caso de la «prueba ilícita» *ex art. 11.1 LOPJ*, respectivamente).

Como se expondrá a continuación, tanto la posición que en su día se mostró favorable a la utilización de toda prueba, como la que hoy se opone a una expulsión anticipada de dicho material, obedecen en buena medida a esta concepción laxa del «principio de libre convencimiento», que –desconociendo la génesis del mismo–, omiten ubicarlo en su dimensión «superadora» de los vicios del sistema al que sucede en los términos que se acaban de explicar.

b) Correcta lectura del principio del libre convencimiento del juez y diversa conceptualización del procedimiento probatorio

Por el contrario, dentro de esta constelación de ideas, una correcta lectura de la evolución histórica del desvalor asignado a las pruebas legales en sede penal, es proporcionada por UBERTIS, quien explica que, por una parte existirían dos posibles tipos de intervención legislativa [en el esquema de FURNO, antes anotado], que podrían constituir, respectivamente, «reglas de admisión legal» y «reglas de asunción legal», constituyendo juntas el subconjunto de «reglas de adquisición legal» de los medios de prueba, reguladoras del llamado aspecto objetivo del «procedimiento probatorio» frente al subjetivo constituido por las «reglas de valoración»⁷³⁴. De este modo se advierte que los juicios relativos a determinar aquello que ha

⁷³²Vid. CAVALLONE, Bruno, “*Critica della teoria delle prove atipiche*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 679-740.

⁷³³UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en *op. cit.* (n. 60), p. 1-38.

⁷³⁴UBERTIS, Giulio, “*Riflessioni sulle «Prove Vietate»*”, *op. cit.* (n. 64), p. 706 s. nota 10 efectúa una crítica a CORDERO que, en p. 52-55 de su obra “*Scrittura e oralità nel rito probatorio*”, existiría una evidente demostración de que el autor no distingue claramente la asunción de la adquisición, usando los dos términos como sinónimos y, por tanto, descuidando la cuestión relativa a la posibilidad de que el segundo sea considerado comprensivo tanto del primero como de la admisión.; CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, *op. cit.* (n.263), p. 239 s.. Para las razones que orientan hacia un uso más restrictivo y en un intento por explicar la inclinación a esta diversa terminología en la doctrina del *due process*, cfr. AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, *op. cit.* (n. 148), p. 92 s. “...resulta innegable la necesidad de redimensionar el actual alcance del principio del libre convencimiento del juez, delimitando en primer lugar su esfera de operatividad al momento de la valoración de la prueba, con exclusión del momento de adquisición”.

sido legítimamente adquirido al proceso constituye un paso previo y «objetivo» que no se encuentra comprendido en la fase de valoración subjetiva donde efectivamente rige el principio del libre convencimiento del juez. Reconociendo la existencia de reglas legales de admisión y asunción, lógicamente no puede predicarse que el examen acerca de la eficacia o relevancia de la prueba se encuentre regido por un «principio de libertad de valoración».

En efecto, ya bajo la vigencia del c.p.i. de 1930 NUVOLONE estimaba que –no obstante reconocer la ingeniosidad y brillantez del intento de CORDERO de basar su tesis en el respeto al principio del libre convencimiento del juez– la idolatría por el mismo estaba dando lugar a resultados aberrantes en materia de utilizabilidad de «prueba ilícita», reabriendo la puerta al arbitrio, y por tanto a la ilegalidad, en contra de las exigencias de racionalidad que habían motivado el abandono del sistema de prueba legal. Más que una «idolatría» el citado autor estaba más bien denunciando una interpretación extensiva del principio carente de racionalidad.

En este sentido NUVOLONE insiste en recordar que “el principio del libre convencimiento si bien significa que el juez no está vinculado a un sistema de prueba legal (por el cual ciertos hechos sólo puedan probarse con determinados medios y por el cual ciertas pruebas no puedan ser contradichas por otras); ello no significa que el juez no esté vinculado a la legalidad en la selección de las pruebas y en su rendición”. Se trata de “una distinción que pertenece a la lógica: el convencimiento es «libre» en el ámbito del proceso; pero en el ámbito del proceso, sólo está aquello que legítimamente puede estar. Si, por tanto, el convencimiento es libre en el ámbito de la legalidad, la *legalidad* representa el límite de la libertad”⁷³⁵. La misma aprehensión parece compartir la Corte Constitucional en sentencia n. 175, de 2 de diciembre de 1970, al ilustrar el significado del art. 349 inc. 6° c.p.i., señalando que el canon a partir del cual le es permitido al juez apreciar el valor del material probatorio según su experiencia, presupone que no se trate de prueba prohibida por la ley. A juicio de la Corte, tal locución tiene un alcance que trasciende el contexto particular en que se encuentra colocada, y que según VIGORITI, constituye una clara toma de posición sobre la no utilización en juicio de las pruebas obtenidas en modo ilícito⁷³⁶.

AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, op. cit. (n. 62), nota 10, “a través de la inserción de las *exclusionary rules* en el ámbito della *acquisizione probatoria* resulta, por lo demás, más simple deshacer la ambigüedad de la locución «*prova legale*», empleada «para designar cosas diversas: sea una lógica de las exclusiones, una teoría de la admisibilidad y de la relevancia de la prueba, sea una teoría de la valoración de las pruebas, hecha con anticipación por el legislador». UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 121, señala que en base a las consideraciones recién expuestas: “es posible reservar la expresión de reglas de prueba legal, sin posibilidad de equívoco, al momento expresamente valorativo de la prueba, ya adquirida al proceso”.

⁷³⁵ NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, op. cit. (n. 72), p. 474.

⁷³⁶ VIGORITI, Vincenzo, “*Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)*”, op. cit. (n. 271), p. 324 s.

c) *Prohibición de inutilizabilidad del c.p.p.i de 1988 y prohibición de valoración española*

Creo haber sido lo bastante clara en el capítulo anterior en orden a considerar que la garantía de inadmisión no *pueda ni deba ser* considerada como una mera prohibición de valoración, habiéndolo anticipado también que me parece que sistémica y funcionalmente, el mejor lugar para situarla es dentro del núcleo del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías, por lo que no reiteraré cuestiones ya dichas.

Aquí solamente quisiera decir en voz alta que, –en mi modesta opinión– de acuerdo al prisma con que se ha dirigido esta investigación, me parece que sea plausible sostener que la sanción de inutilizabilidad, en toda su novedad de tratamiento *ad hoc*, en los hechos se mantiene prácticamente a un nivel muy similar con que funciona el régimen de nulidad de pleno derecho respecto de la prueba ilícita española. La razón fundamental para arribar a este resultado es la insuperable resistencia al establecimiento de una regla de exclusión en sentido técnico acusatorio. Me parece que, a pesar del carácter mixto en que se inspiran ambos ordenamientos, la materia en cuestión ha demostrado no admitir términos medios.

Creo también, que la principal razón por la cual doctrina y jurisprudencia (tanto italiana como española) se resisten a efectuar dicho reconocimiento obedece al hecho de mantenerse fuertemente influenciados por la tesis corderiana, que contrariamente debiese entenderse superada. Es por ese motivo que he desarrollado el inicio de esta argumentación poniendo en evidencia cuál es –a mi juicio– la premisa equivocada desencadenante de este modo de aproximarse a la cuestión, esto es la criticada concepción del principio de libre convencimiento y su incidencia en la figura del procedimiento probatorio. Por este motivo, me parece conveniente iniciar por este extremo del debate, para luego –en una sección separada de este mismo apartado– tratar la problemática referida a sus repercusiones en orden a su aplicación exclusiva a prueba *constituenda*, su eventual denuncia en fase de investigación preliminar, y las controversias surgidas para reconocer su aplicación en fase de asunción de prueba.

Ahora bien, como indica CONTI, en buena medida la tensión puede deberse al hecho que el término «inutilizabilidad» sea empleado por el código para indicar los *efectos* de *causas* heterogéneas entre ellas, olvidando que el alcance semántico del término no se refiere tanto a la «causa» (que es la violación de una *prohibición de adquisición*) sino que al «efecto», que es precisamente la *prohibición de utilización* del elemento adquirido *contra legem*⁷³⁷.

En este orden de ideas, si bien en la actualidad resulta pacífico sostener que, bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988, se tratará de una regla de exclusión de prueba cuando su inadmisibilidad sea declarada al inicio del juicio oral, por cuanto negará en su origen la idoneidad de un determinado elemento para constituir el fundamento de una decisión judicial⁷³⁸. En este caso, la prohibición de admisión de dicho elemento al material probatorio

⁷³⁷CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 17 s.

⁷³⁸CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 32.

objeto del futuro análisis judicial, funcionará como una regla de exclusión en sentido técnico⁷³⁹. Ello ciertamente constituye una superación de la tesis corderiana en orden a permitir la admisión (en sentido estricto) de todo material probatorio para reservar la apreciación de su relevancia en la fase de valoración.

Sin embargo, la problemática surge cuando una prueba –por cualquier motivo– haya sido admitida debiendo haber sido excluida, o bien, cuando su ilegitimidad, por razones íntimas al medio de prueba– sólo sea advertida una vez que ya ha sido rendida. Otra hipótesis por la cual puede presentarse una situación como la descrita, es el caso en que la admisión de una prueba esté consentida pero su valoración esté prohibida, cuestión que en el sistema italiano ocurre, a modo ejemplar, a propósito de los arts. 192 en relación a los arts. 195 y 63 c.p.p.i.

En todos estos casos se entiende que opera una «prohibición de utilización» de la prueba, sin embargo, el debate dice relación con reconocer su naturaleza jurídica de simple prohibición de valoración, en cuanto «prohibición probatoria» en sí misma como «prueba legal en negativo» de existencia «autónoma», muy similar al modo con que se la concibe en el ordenamiento español; o bien, considerar que la misma constituye el efecto de la violación de una prohibición de adquisición de prueba, esto es, la manifestación en el plano procesal de la sanción de inutilizabilidad del art. 191 c.p.p.i.⁷⁴⁰

Tal distinción es fundamental toda vez que, en el segundo caso comporta la posibilidad de recurrir de casación en virtud de la causa de invalidez de inutilizabilidad, en conformidad a lo dispuesto en el art. 606 letra c), eventualmente incluso *per saltum*. En cambio, si se trata de la violación de un simple criterio de valoración, ésta no dará lugar a la configuración de un vicio de inutilizabilidad sino que se configurará como un vicio de motivación de la sentencia recurrible *ex art.* 606 letra e)⁷⁴¹.

Me parece que la respuesta obvia es descartar estar frente a un simple criterio de valoración, precisamente porque esa consideración hará que nos ubiquemos en zona del denominado procedimiento probatorio subjetivo, de valoración de la prueba propiamente tal; en circunstancias que en sede de procedimiento adquisitivo y por ende, objetivo, es posible predicar derechamente la vigencia de prohibiciones probatorias de admisión y asunción sin

⁷³⁹COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 127 s., la inutilizabilidad “en algunos casos puede recabarse, *a contrario* y en negativo, de un precepto procesal, que sancione, en positivo, una *utilizzabilità limitata* de determinados *actos* o *elementos probatorios ya adquiridos* [hace referencia en nota 61 a los arts. 26, inc. 2°; 54, inc. 3°; 228, inc. 3°; 238, inc. 4°; 270, inc. 1° y 3°; 403; 404; 500, inc. 3° y 4°; 503, inc. 3° y 5°; 511, inc. 5°; y 729, inc. 1°]; mientras que en otros, en cambio, puede obedecer a un específico *divieto di utilizzazione* –no pocas veces conectado a un preliminar *divieto di acquisizione* – expresamente enunciado como tal en la ley, asumiendo el significado técnico de una verdadera regla de exclusión [en nota 63 menciona el caso de los arts 63, inc. 1° y 2°; 64, inc. 2°; 103, inc. 7°; 188, inc. 1°; 191, inc. 1°; 195, inc. 3° y 7°; 254, inc. 3°; 267, inc. 2°; 271, inc. 1° y 2°; 333, inc. 3°; 350, inc. 7°; 360, inc. 5°; y 407, inc.3°]; y finalmente también identifica los casos en que el *divieto probatorio* reviste una calificación más explícita (y con una relevancia marcadamente preventiva), que incide *a priori* en la admisibilidad y en la posibilidad misma de asunción o de adquisición de una determinada prueba [para lo cual en nota 64, invita a confrontar los arts. 62; 194, inc. 3°; 195, inc. 6°; 197; 200, 201; 234, inc. 3°; 238; 240; 343, inc. 2° y 4°; 401, inc. 6°; 514, inc. 1° y 2°].

⁷⁴⁰GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 107 s.

⁷⁴¹ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 32; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 115.

cabida a libertad de valoración. Cuya constatación objetiva impide ingresar en cualquier tipo de debate relativo a la resistencia de la motivación a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ello demuestra que, no basta con una adecuada consideración de la naturaleza jurídica de la prohibición de utilización, sino que tampoco se puede desatender la ubicación concreta que se le asigne en el procedimiento probatorio.

d) Consecuencias respecto del régimen recursivo

Como se ha tenido ocasión de adelantar en el capítulo anterior y se ha apenas recordado, la cuestión no es baladí, ya que considerar la configuración de una mera prohibición de valoración (criterio de valoración en negativo) y por ello circunscribirla lisa y llanamente al ámbito del libre convencimiento del juez, conduce a que la verificación de una hipótesis violatoria de la prohibición de base sea una cuestión meramente declarativa que se torna papel mojado.

Esto porque la prohibición de valoración de tal prueba quedará sometida a su efectivo uso en el *iter* argumentativo de la sentencia, lo que consecuentemente hace surgir la catastrófica noción de «vicio inocuo». Se trata entonces de la imposición de un requisito de trascendencia procesal del vicio, basado en una efectiva infracción del derecho a la presunción de inocencia, lesión que se estima constatada sólo cuando la decisión condenatoria se basa exclusiva o determinadamente en la prueba prohibida. De este modo, en caso que la sentencia supere la denominada «prueba de resistencia» de su argumentación, la prohibición de base, es decir, la formulada en la norma de mandato, queda desprovista del efecto sancionatorio sobre el plano procesal, cuestión que redundará en la negación de su existencia misma.

Cuanto anotado, resulta –además– particularmente grave si se tiene presente que la garantía procesal de la motivación no constituye un resguardo suficiente para asegurar que la prueba prohibida no haya en todo caso influenciado la decisión final, aun cuando en términos formales pueda parecer lo contrario. La importancia práctica de estas consideraciones conducen a una confirmación de cuánto sea relevante una ubicación armónica y coherente de la garantía de inadmisión en el ámbito de los derechos fundamentales y confirme el hecho que la misma no deba ser extraída del núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia, sino que en cambio deba situarse dentro del derecho al debido proceso o bien en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías. Por ello intentar una prístina descripción técnica de la misma que pase justamente por la debida distinción entre libre valoración de la prueba y libre convencimiento del juez, como crítica ya expresamente considerada incluso en los trabajos preparatorios del c.p.p.i. de 1980, y que, a la época fueron reconocidos por el mismo CORDERO, constituyen un pasaje del todo imprescindible.

2. Distinción entre principio de libre valoración de la prueba y principio del convencimiento del juez: «motivación-actividad» y «motivación-producto»

Que la interpretación del principio de libre convencimiento del juez operada por CORDERO se califique de «laxa», apunta a que dicho autor no distinga –sino que por el contrario equipare terminológicamente– libre valoración de la prueba y libre convencimiento del juez, en circunstancias que, como explica PATTI, mientras la primera es una actividad; la segunda apunta al resultado de una actividad, de modo que el adjetivo de la libertad debe considerarse restringido sólo a la primera⁷⁴², y ello, en todo caso, con las precisiones que expondremos a continuación.

d) *Distinción en el contexto italiano bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988*

En mi opinión, bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988, tal distinción no es operada adecuadamente. Se detecta una cierta sinonimia toda vez que al apreciar positivamente el esclarecimiento legislativo hacia un principio de libre convencimiento guiado, consideran que es precisamente la racionalidad del mismo la que implica que la fase de decisión no sea libre sino que sometida a las exigencias legales de admisión y adquisición. La ausencia de una debida distinción condice a que el examen de relevancia siga ubicándose en sede de fase de valoración de prueba, entendiéndola comprensiva tanto del procedimiento probatorio subjetivo (valoración en sentido estricto), como de aquella valoración objetiva que, contrariamente debiese operar en el momento inmediatamente sucesivo a la adquisición y previo a la valoración subjetiva.

Por ende, finalmente se mantiene una actitud crédula según la cual, la motivación-resultado, es efectivamente capaz de «sincerar» la no relevancia que los elementos indebidamente adquiridos pudiesen haber desplegado en la «decisión». Es precisamente la ubicación que se le da al examen de relevancia el que contiene su involución a una mera prohibición de valoración que luego, se hace depender de un simple análisis de resistencia de la argumentación, en los mismos términos en que el asunto es concebido en el marco español.

En este sentido, según NOBILI, el legislador de la reforma habría operado una redefinición del libre convencimiento en clave de garantía, sin embargo, como se aprehende a simple vista– su lectura no dista de aquélla mantenida por la tesis corderiana, siendo discutible catalogarlo como una «redefinición». A juicio del citado autor, ello vendría confirmado por el hecho de que la no taxatividad de los medios de prueba se encuentra expresamente establecida (art. 189 c.p.p.i.) y que una suerte de «taxatividad temperada» opera en el sentido que el juez pueda asumir la prueba no disciplinada por la ley solo si «ella resulte idónea a asegurar la acreditación de los hechos y no perjudique la libertad moral de la persona» (art. 189 c.p.p.i.).

Ahora bien, en lo que nos convoca, su apreciación más importante es advertir que –en todo caso–, la valoración de la prueba, no obstante sustraerse a los límites establecidos por las leyes civiles (art. 193 c.p.p.i.), debería resultar de todos modos sujeta a criterios de objetividad y de prudencia que, a pesar de haber desaparecido de la formulación definitiva de la norma (art. 192 inc. 1º c.p.p.i.), parecen encontrarse implícitamente contemplados en la misma a través de

⁷⁴²PATTI, Salvatore, “*Libero convincimento e valutazione delle prove*”, op. cit. (n. 51), p. 485 s. y 492 ss.

la observancia de la garantía de la motivación (art. 192 inc.1° c.p.p.i.)⁷⁴³. La reconstrucción del hecho sobre la base de indicios también es sometida a la subsistencia de indicios graves, precisos y concordantes (art. 192 inc. 2° c.p.p.i.)⁷⁴⁴. En este sentido, se encauza la actuación de una suerte de libre convencimiento «guiado», que sucumbe frente a la prueba ilegítimamente adquirida, afectada de inutilizabilidad»⁷⁴⁵.

Como continúa explicando, “a diferencia del código anterior, el nuevo código ha optado por una formulación escrita del llamado principio del libre convencimiento. De hecho, el inc. 1° del art. 192 dispone: «el juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados». En la redacción definitiva se omite el inciso previsto en el proyecto preliminar según el cual «el juez valora la prueba con objetividad y prudencia»: tal formulación originaria, recalcando lo dispuesto en el inc. 1° del art. 116 c.p.p., además de hacer explícito el principio, desvanecía la ambigüedad inherente al término «libre convencimiento». Al decir que el juez debe valorar la prueba «en una cierta manera», se obtenía el específico alcance de tal libertad, referida al momento de la valoración y no a las operaciones de admisión y adquisición de los medios de prueba.

En todo caso, en el texto definitivo también aparece el esfuerzo de anclar el principio a un ámbito determinado: la relación entre convencimiento del juez y motivación (en la que debe darse cuenta de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados), impone una valoración racional, susceptible de ser argumentada, razonada, demostrada (no obstante que este último término también resulte ambiguo). Es de todos modos una libertad que encuentra su propio límite en la obligación de motivar: debe poderse traducir en una motivación digna de tal nombre. En una palabra: sólo una libertad de «apreciación» que no opera en la formación de la prueba. Teniendo presente el nuevo texto, el principio general del libre convencimiento, generalmente entendido y aplicado como una global expresión de libertad probatoria entregada al poder judicial penal, también debería cambiar su aproximación. Es necesario hablar en condicional: porque revoluciones de este tipo, sobre todo cuando está en juego una ideología del poder, no pueden implementarse sólo a través de la formulación de normas procesales penales»⁷⁴⁶.

Como consecuencia de lo explicado, no es de extrañar que a la hora de pronunciarse sobre la particular hipótesis expuesta en el punto anterior, esto es, en cuanto a la naturaleza jurídica que se atribuye a la «prohibición de utilización» en caso que una prueba haya sido de admisión consentida y de asunción prohibida, NOBILI se cuente ente quienes la estiman un

⁷⁴³Vid. NOBILI, Massimo, sub art. 192, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 415 s.

⁷⁴⁴Vid. BONETTI, Michele, “Gli indizi nel nuovo processo penale”, en *L'indice penale*, 1989, p. 496 ss.

⁷⁴⁵GALANTINI, Novella, “Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie”, op. cit. (n. 155), p. 171 s. Sobre este enfoque del principio de libre convencimiento del juez, también, ICHINO, Giovanna, “Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 681 s.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.”, op. cit. (n.62), p. 138 s. Para una profundización del punto vid. Cordopatri, *La ratio decidendi (profilo storico e comparativo)*, en *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 701-735.

⁷⁴⁶NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 17.

criterio de valoración que supone una «prueba legal» en negativo y, por ende una excepción a la plena vigencia del principio de libre convencimiento del juez en el ámbito subjetivo del procedimiento probatorio. Se entiende que en estos casos el legislador se limitaría a dictar *ex post* un criterio de valoración de la prueba que no impide *ex ante* que el dato acceda al conocimiento del juez, por lo que no se trataría de un verdadero caso de inutilizabilidad⁷⁴⁷.

UBERTIS, en cambio, sí efectúa una adecuada distinción y plantea una ubicación coherente del examen de legitimidad que supera las críticas que se han observado en la tesis corderiana. En efecto, el exámen que CORDERO denominaba de «relevancia» de la prueba, es calificado por UBERTIS bajo la expresión «*concludenza probatoria*» dentro del cual tienen aplicación las reglas probatorias legales de admisión y adquisición, distinguiéndola de la fase probatoria «decisiva»⁷⁴⁸. A mi juicio, sólo así tiene sentido apuntar que en la fase de «decisión» rija el principio de libre valoración exclusivamente sobre la base del material probatorio legítimamente adquirido y sin perjuicio de la limitación intrínseca que el juicio de *concludenza* puede representar desde un punto de vista epistemológico, toda vez que el mismo precisamente opera en la selección de fuentes y/o medios probatorios; mientras que en la fase de «justificación» rija el principio del libre convencimiento del juez guiado por los criterios de razonabilidad en los que debe sustentar la conveniencia de su decisión, ubicándose ambas fases (decisión y justificación) dentro del procedimiento probatorio subjetivo: de valoración para el convencimiento del juez.

A mi entender es esta estructura la que permite evitar toda lectura de tensión entre inutilizabilidad y libre convencimiento del juez, como las que de hecho se dan en la práctica. En efecto, como anota CONTI, “la interferencia entre libre convencimiento e inutilizabilidad de la prueba ha visto un nuevo *exploit* desde dos frentes entrecruzados. Por una parte, se ha iniciado a considerar que la exclusión de los actos de investigación del conocimiento judicial (inutilizabilidad fisiológica) comporta en todo caso un límite al libre convencimiento. Por otra parte, se ha afirmado que las pruebas viciadas de inutilizabilidad patológica, en caso que aportaran informaciones útiles, podían ser de todos modos utilizadas por el juez en virtud de su libre valoración”, lo cual desatiende el hecho de que, técnicamente, “no es configurable una antítesis entre libre convencimiento e inutilizabilidad ya que esta última excluye en modo irreversible los instrumentos a través de los cuales no puede formarse el convencimiento”⁷⁴⁹.

Ahora bien, en todo caso, la hipótesis de admisión consentida y adquisición prohibida es considerada por UBERTIS como una «prueba legal» establecida por el legislador para condicionar *a priori* la atendibilidad de determinados datos probatorios⁷⁵⁰. Si bien tal conclusión es coherente con la estructura fijada por el autor, considerándola operar en fase de valoración subjetiva, me parece que no puede estimarse la interpretación correcta.

⁷⁴⁷En este sentido, *vid.* NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 152.

⁷⁴⁸UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 15 ss.

⁷⁴⁹CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 327 s.

⁷⁵⁰En el mismo sentido, ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 527; GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 244, en cuanto regla de juicio que prohíbe argumentar un pronunciamiento sobre la base de prueba prohibida o ilegítimamente adquirida.

Así, abandonando su consideración como mera «prueba legal», el debate se mueve en torno a apreciar en ella una manifestación de la sanción de inutilizabilidad directamente en sede de valoración, reconociéndole el carácter de prohibición probatoria en sí misma; o bien, entender –a mi juicio correctamente– que ella sea el efecto de la sanción de inutilizabilidad en virtud de la prohibición de admisión o adquisición inicialmente violada.

Dentro de la primera posición, esto es, quienes reconocen la operatividad de una «prohibición probatoria» derechamente en sede de valoración, conectando así la sanción de inutilizabilidad a la infracción de una prohibición referida a la valoración de la prueba, entendida como procedimiento probatorio subjetivo, explican que: “las normas en comento [art. 63 y 195] no imponen al juez considerar atendible o no un dato (verdadera prueba legal), sino que le impiden basar su decisión en ella, siempre que falte una confirmación (art. 192 y 195) o bien, se trate de una decisión *contra reum* (art. 63).

En términos generales, señalan que “la inutilizabilidad puede ser conectada a una prohibición de admisión de la prueba o a una prohibición de tenerla en cuenta. Inadmisibilidad de la prueba y prohibición de valorarla se implican mutuamente, en el sentido que si una prueba no puede ser admitida menos aun puede ser valorada y, viceversa, si no es utilizable para la decisión, no debe ser admitida. De este modo, por una parte, “si la prueba prohibida es erróneamente admitida, o la decisión del juez de admitirla ha sido desmentida en sede de impugnación, la prohibición de admitir la prueba se transforma en una prohibición de utilización, que sólo puede ser declarada *a posteriori*”; y por otra, si la prueba ha sido legítimamente admitida y el vicio sólo puede ser advertido una vez rendida (en virtud de las características propias del medio de prueba), entonces su inutilizabilidad implicará una prohibición de valoración”⁷⁵¹ que, en cuanto regla de exclusión se estará siempre en el ámbito de la inutilizabilidad, cuya particularidad en esta hipótesis sería operar, no en la fase de admisión de la prueba, sino en aquélla de la valoración.

Sin embargo, el problema de situar la prohibición precisamente en fase de valoración de la prueba, implica desconocer que ésta sólo puede operar respecto de prueba que sea utilizable (cuyo ámbito se define en función de reglas de admisión o de exclusión de prueba) toda vez que la prueba inutilizable no puede ser valorada⁷⁵². Es este el aspecto que he denunciado como abiertamente descuidado en la aproximación española frente a la garantía de inadmisión.

Sobre la base de dicha constatación, una diversa aproximación doctrinal –que estimo correcta–, en cambio, ha considerado que la categoría de prohibiciones referidas a la fase valorativa no resulta plausible como especie autónoma, de modo que sólo las prohibiciones de adquisición (admisión y asunción) de la prueba pueden gatillar a efectos de la inutilizabilidad. El razonamiento es el siguiente: el tenor literal del art. 191 se refiere únicamente a la violación

⁷⁵¹ GALANTINI critica la distinción entre «prohibición de utilización» y «prohibición de valoración» por considerar que la misma lejos de constituir una verdadera regla de exclusión, constituye sólo la expresión de la sanción de inutilizabilidad. A su juicio la expresión «prohibición de utilización», sólo puede predicarse respecto de los casos de inutilizabilidad-efecto, en cuanto hipótesis no reconducibles a prohibiciones probatorias en sentido estricto. GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 107.

⁷⁵² NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 206; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 4.

de prohibiciones puestas en sede de adquisición de la prueba (reglas de exclusión relativas a la fase de admisión y asunción de prueba), por tanto en las hipótesis *supra* esbozadas, es decir, en los casos en que la inutilizabilidad surja sólo luego de la asunción del medio de prueba, no se trataría de una prohibición de valoración, sino todo lo más un caso de inutilizabilidad especial.

Ahora bien, en ausencia de norma expresa y descartando que pueda invocarse directamente la norma general del art. 191, GALANTINI explica que aquello que la doctrina anterior ha identificado como prohibición de valoración, en realidad constituye una prueba que no sería valorable en cuanto originalmente inadmisibile: “la «involuntaria» asunción de estos, preludio de su imposible utilización, es permitida por la estructura misma del acto del que emanan, la que impide emerger *ex ante* su inadmisibilidad” [...] por lo que aquello que ha sido definido por la doctrina como una prohibición inherente a la valoración, es en realidad sustancialmente una regla de exclusión referida a la fase antecedente (sea de admisión o de asunción), a cuya violación corresponde la sanción de inutilizabilidad según el criterio general o según las previsiones especiales, independientemente que el vicio sea reconocible *ex ante* o *ex post*⁷⁵³. Estas denominadas «prohibiciones de utilización», no serían reconducibles a prohibiciones probatorias en sentido estricto, y por ende no se revelarían como reglas de exclusión sino como una manifestación de la inutilizabilidad sanción por la violación de las prescripciones de las fases precedentes.

Me parece que el mérito de esta interpretación, es precisamente no trasladar el examen de *concludenza* probatoria a una fase que, en estricto rigor, por su carácter subjetivo no permitiría proceder al examen objetivo requerido por la primera. Una consideración diferente, podría prestarse para interpretaciones –tal como parece suceder en España– en orden a que su ubicación en una fase regida por el principio de libre convencimiento del juez, permite que su aplicación dependa de juicios racionales ponderativos respetuosos de criterios de lógica y de experiencia, que el juez pudiera legítimamente aplicar, y que en definitiva conducen a la negación misma de existencia de la prohibición de base.

⁷⁵³GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 106; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 178. En el mismo sentido, NAPPI considera correcta esta segunda aproximación, considerando que “las prohibiciones de adquisición apuntan a la legitimidad de la utilización de una prueba, mientras que las reglas de valoración se refieren a la persuasividad de una prueba en todo caso legítimamente utilizable”, NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 191. Bajo la vigencia del código de 1930, ALLORIO también razonaba sobre la base de un “vicio” originario: “...la resolución admisiva de una prueba, en contra de una prohibición legal (...) puede reconducirse sobre el plano de la teoría del derecho, a la categoría general del acto jurídico con *objeto* no permitido: categoría de acto viciado, cuya disciplina en el terreno privatístico (art. 1346-1349 del código civil) consiste ciertamente en el establecimiento de su *invalidéz* por falta de un «requisito»: ahora, de la reacción que el derecho privado despliega frente a este tipo de acto defectuoso, parece poderse extraer –no obstante la diversidad de *ratio*– un argumento para una análoga disciplina para el caso de la resolución procesal a objeto inidóneo, no permitido. La admisión de una prueba que no debió ser admitida al experimento o producción, es un acto inválido”, en ALLORIO, Enrico, “*Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*”, op. cit. (n. 148), c. 870.

e) *Distinción sostenida en el contexto español*

- i. Ausencia de una adecuada distinción en conexión con su ubicación en el marco del procedimiento probatorio

En atención a la preocupante situación española que he situado en una posición muy cercana a los postulados de la doctrina de interpretación laxa del libre convencimiento, me parece muy interesante analizar estas aristas a través de los aportes sustanciados por IGARTUA SALAVERRIA, quien desde la perspectiva de la jurisdicción democrática, ha efectuado una notable contribución a un enfoque racional del principio del libre convencimiento. Dado que el mismo no distingue entre procedimiento probatorio objetivo y subjetivo, resultará más didáctico plantear la necesidad de hacerlo para cerrar los cabos sueltos del cuestionable modo con que el TC ha abordado el tema de la prueba ilícita. En efecto, el citado autor trabaja sobre la construcción de una interpretación funcional de la «libre valoración» o «valoración en consciencia» de la prueba en modo que, al dotarla de racionalidad, pasa a configurar el «principio de libre convencimiento del juez», por lo que puede identificarse el sustrato del reconocimiento de una suerte de sinonimia, o tal vez incluso una relación de «género a especie» entre ambos conceptos.

No obstante diferenciar entre una fase de «decisión» y otra de «motivación», el problema es que el citado autor supone dejar entregada la primera al principio de libre valoración en términos absolutos; dejando únicamente la fase de «motivación» sometida al principio de libre convencimiento. Es en esta última donde hace operar la aplicación de las reglas legales relativas a la selección de las fuentes o medios de prueba, que es precisamente lo que vengo denunciando como nudo crítico. Al menos esa es la sensación que me deja su lectura, donde el autor concibe la fase de decisión en base a un criterio de libre valoración de la prueba, que escapa tanto a restricciones legales como a aquellas que vendrían impuestas por cumplimiento de un análisis de relevancia en los términos en que vienen exigidos por las prohibiciones de adquisición: comprensivas de las reglas de admisión y asunción. Veamos la estructura de su esquema.

A partir de la necesidad de construir un concepto extraprocesal de motivación, en el sentido que el mismo no sólo opere endoprocesalmente sino que sea capaz de ser susceptible del control popular/democrático exigido por el ejercicio del *ius puniendi*, parte de la premisa de que todo «objeto» que pretenda ser controlado requiere ser «objetivizado», esto es, trascender de la intimidad del juez.

Así, dentro de la fase de valoración, reconoce la existencia de dos subfases: una fase de descubrimiento o decisión de carácter heurístico y, una segunda fase de justificación de carácter argumentativo.

La primera se encuentra referida a una «motivación-actividad», es decir, comprensiva de todas las operaciones mentales que los jueces conducen para la solución de un caso en que tienen lugar una serie de procedimientos mentales de diversa naturaleza que incluyen criterios lógicos, jurídicos, cognoscitivos, valorativos, etc. La segunda, en cambio, constituye la

denominada «motivación-producto», expresión que viene usada para designar aquel segmento escrito de las sentencias en que los jueces justifican sus decisiones. Esto implica que la «motivación-producto» comienza sólo una vez que la «decisión» ya ha sido tomada y, apunta precisamente a dotarla de motivación a través de argumentos de variada naturaleza. Sin embargo, el empleo de tales criterios ya no se efectúa de cara a tomar la decisión sino en orden a demostrar que la decisión adoptada se fundamenta en buenas razones.

Dado que cada una de estas fases implica el empleo de estrategias racionales diferentes, un uso distinto de los criterios argumentativos y una diversa actitud del razonamiento del juez, resulta que no son mutuamente reductibles. Si bien los criterios utilizados pueden coincidir, ello no basta para afirmar que la motivación «refleja» o «representa» el *iter* decisorio, por lo que no podría estimarse o pretenderse que ella signifique una transcripción gráfica de todo lo que ha movido al juez a tomar la decisión.

De hecho a nadie le puede constatar que haya sido así, y no obstante sigue afirmándose tal correspondencia. Para IGARTUA SALAVERRIA esa moral de la sinceridad es irrelevante porque se empareja con dos fases epistemológicas distintas del razonamiento decisorio. “En realidad, y respecto del proceso *decisorio* (“motivación-actividad”), la *motivación* (“motivación-producto”) es algo de *más*, porque puede utilizar argumentos no empleados para decidir; o algo de *menos*, porque a lo mejor no contiene todos los factores que han influido en la decisión; y, de cualquier forma, algo *distinto*, ya que su función fundamental es la justificativa y no la holística”⁷⁵⁴.

Es por estas razones que entiende que únicamente la segunda puede ser susceptible de control externo y sea en esta fase donde tengan aplicación criterios jurídicos y epistemológicos, ubicando en esta inconveniente sede el análisis de la relevancia de la prueba: esto es, tal y como la misma es concebida por la tesis corderiana. En efecto, CORDERO sostenía que: “También aquí la valoración normativa se refiere a un acto, es decir, a la decisión: el ordenamiento no se interesa por los componentes intuitivos de la misma, que los escritores alemanes denominan *Urteilsfindung*; lo que vale es el *dictum*, cuyo control se ejercita en base a las razones indicadas en la motivación. En estricto rigor, no tiene mayor importancia el hecho que el juez haya reflexionado sobre la base de prueba ineficaz (sea ésta inadmisibile o adquirida en modo irregular): la norma es respetada, siempre que el elemento espurio no figure entre las premisas del silogismo a partir del cual la sentencia motiva el tema del juicio histórico”⁷⁵⁵.

Este esquema expositivo de IGARTUA SALAVERRIA –muy avanzado en vistas al desarrollo con que la exigencia de motivación ha sido tratada en España⁷⁵⁶– coincide con cuanto anotado por PATTI en el sentido de predicar el adjetivo de libertad respecto de la fase decisoria, justamente porque criterios racionales sólo podrán ser controlados en la justificación de la

⁷⁵⁴IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, op. cit. (n. 53), p. 180 ss.

⁷⁵⁵CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 142.

⁷⁵⁶Más recientemente, otro importante trabajo en vistas a propender por una interpretación racional del principio del libre convencimiento del juez en lo que respecta a la motivación de las decisiones judiciales, se puede ver en NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba* (1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010), *passim*, especialmente p. 151 ss.

decisión sometida al libre convencimiento del tribunal, pero descuida el hecho de que una interpretación funcional de las reglas probatorias legales se construyen precisamente con el fin de que prueba prohibida no pueda ser considerada en la «decisión». De ahí que esta fase sea «libre» porque –de hecho– es incontrolable y por lo mismo sea dicho carácter el que haga necesario predicar que la misma sea libre en el marco de un material legítimamente seleccionado, por lo que la aplicación de las reglas probatorias deben situarse fuera del procedimiento probatorio subjetivo, es decir, fuera del proceso decisorio, en atención a la necesidad de que la misma se aplique en vistas a parámetros objetivos. Contrariamente, el esquema de IGARTUA SALAVERRIA al traslada el examen de las reglas probatorias a la fase de motivación, haciendo que –tal como expresa ARMENTA DEU– la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas a la hora de fijar los hechos en la sentencia, se someta al principio de libre valoración (art. 741.1 LECrim)⁷⁵⁷, sin más.

Me parece que similar dirección emprende FERRER BELTRÁN al referirse a la denominada «justificación racional» de la decisión judicial sobre los hechos que, en oposición a la «justificación normativa» propia de las reglas de prueba tasada o legal, implica una valoración libre de la prueba únicamente en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas que impongan un resultado probatorio concreto. Sin embargo, la ausencia de reglas jurídicas que regulen el resultado probatorio no supone la ausencia total de cualquier tipo de reglas, sino que de todos modos ha de entenderse delimitada por las reglas generales de la racionalidad y la lógica, cuya inobservancia supondría una infracción de ley. Al parecer, cuanto dicho de la justificación racional apunta a la justificación de la decisión en cuanto acto de emisión de una resolución judicial, en particular de una norma individual (decisión-norma), que podrá considerarse justificada sólo si se deriva de las premisas fácticas y normativas adoptadas en el razonamiento. En otras palabras, su justificación consiste en mostrar que es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho (subsumido en la primera); luego, la norma general sólo podrá ser aplicada si la premisa fáctica que describe el hecho es verdadera. Por otra parte, en cambio, según FERRER BELTRÁN, la decisión judicial como acto, o más precisamente como resultado del acto de decisión como norma individual (decisión-acto), no admite una tal noción de justificación, porque no hay relaciones lógicas entre normas (o proposiciones) y actos. En este caso rige una noción de justificación referida a la idea de cumplimiento o incumplimiento de las normas que regulan ese acto.

En el plano de la decisión acerca de los hechos probados en cuanto decisión-norma, cabe distinguir entre acto de decisión y contenido de la misma. Esta última consiste en la premisa o proposición fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio. La decisión-acto estará justificada si la proposición fáctica está probada y lo estará cuando esta última sea aceptable racionalmente, es decir, cuando existan en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor. “Será necesaria, por supuesto, una teoría normativa acerca de las condiciones en que los elementos de juicio podrán considerarse suficientes (acerca de la aceptabilidad de las premisas fácticas del razonamiento)”; agregando en el mismo sentido de IGARTUA

⁷⁵⁷ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 236.

SALAVERRIA que, “debe señalarse que esas condiciones, cuando se está en el ámbito de la libre valoración de la prueba, se remiten a la racionalidad y la epistemología”⁷⁵⁸.

Viceversa, entiendo que la cuestión debiese plantearse en los términos expresados por MUÑOZ CONDE, en el sentido que: “Sólo a partir de la observancia de las reglas y principios que regulan la práctica de la prueba y de la propia admisión de una información como prueba, puede admitirse la famosa «apreciación en conciencia» de la que habla el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”⁷⁵⁹, que en otras palabras permite sostener que sólo una vez que se verifica el cumplimiento y respeto de los primeros se estará realmente frente al acervo probatorio susceptible de valorar en sentido estricto a efectos decisorios y luego, a efectos motivacionales en la parte justificativa de la sentencia⁷⁶⁰.

Insistir en la necesidad de proceder a una diferenciación conceptual me parece fundamental para una interpretación en clave correctiva del modo en que el debate se está conduciendo en España. Esto sobre todo si se considera que en el contexto español, a diferencia de lo que sucede en Italia, no existe una obligación expresa de que el juez deba hacerse cargo de valorar todos y cada uno de los medios de prueba en que se basa la sentencia. Es más, muy cuestionablemente ocurre que se ha optado por la importación de criterios epistemológicos relativos a la coherencia narrativa, donde se termina por prescindir de un análisis «atomista» de la prueba, decantándose por una concepción «holista», en todo caso desperfilada bajo la denominación de «valoración conjunta de la prueba», que oscurece aun más toda pretensión en orden a una apreciación objetiva de la aplicación de las reglas probatorias legales de admisión y adquisición⁷⁶¹. Parece ser que es en el marco de esta constelación de ideas donde cobra todo su sentido cuanto anotado por ASENSIO MELLADO, –a propósito de un comentario crítico a la

⁷⁵⁸FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*”, op. cit. (n. 209), p. 31 s.

⁷⁵⁹MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso*, op. cit. (n. 132), p. 116.

⁷⁶⁰ Me parece que FERRER BELTRÁN, por su parte, tampoco se muestra especialmente claro en este sentido. Me arriesgaría a decir que también incurre en este error, puesto que dentro de las normas destinadas a regular el «resultado probatorio», distingue entre reglas de prueba legal y reglas que establecen el principio de libre apreciación de la prueba. Indica que estas últimas reglas prescriben al órgano juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la racionalidad general, donde las únicas limitaciones jurídicas vienen impuestas por el contexto procesal dentro del cual se delimitan los elementos de prueba que posteriormente deben ser individual y conjuntamente valorados por el juez. Las reglas de prueba legal, en cambio, harían abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y adjudicarían directamente un determinado resultado probatorio a un medio genérico de prueba. Como se ve, no repara propiamente en los aspectos que hemos venido subrayando, FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”, op. cit. (n. 75), p. 11 s.

⁷⁶¹ La base de esta distinción se encuentra en la concepción filosófica de la verdad como «coherencia» o como «correspondencia», para una síntesis puede verse TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 26 ss. En sentido crítico sobre la «valoración conjunta de las pruebas», FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*”, op. cit. (n. 209), p. 29, “Debe advertirse que si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, sólo después de valoradas individualmente las pruebas podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas. Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que alguna de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión”. Para una crítica a la denominada «teoría holista estándar», vid.: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, “*Atomismo y holismo en la justificación probatoria*”, en *Isonomía*, N° 40, abril 2014, p. 17-59.

doctrina de conexión de antijuridicidad– al indicar que: “el TC cree que los hechos como tales tienen entidad propia, existen por sí mismos y en una determinada versión y que la prueba debe confirmarlos con arreglo a esa versión predeterminada. La prueba podría no ser, a pesar de lo dicho, una forma de acreditación de la verdad, sino sólo una manera de confirmar la previa idea obtenida por cualquier medio”⁷⁶².

A continuación corresponde analizar cómo este error metodológico causa serias inconsistencias en el modo en que el TC ha ido perfilando el contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

ii. Perspectiva personal crítica desde la óptica del derecho fundamental a la presunción de inocencia (regla de juicio) y el principio *in dubio pro reo*

A mi entender, la interrogante que debiese surgir a partir del reconocimiento del efecto propio de la garantía de inadmisión en términos de «prohibición de valoración» es determinar si es posible diferenciar ambos planos, ya que la valoración, sea en términos positivos o negativos, implica ya el reconocimiento de un material probatorio no sólo existente sino además lícito⁷⁶³.

Con cuanto señalado hasta este punto la respuesta debiese ser afirmativa. En virtud de esta distinción es posible poner de manifiesto la inconsistencia lógica que envuelve la consideración del efecto del art. 11.1 LOPJ como mera prohibición de valoración basada en su reconocimiento como garantía procesal integrante del derecho a la presunción de inocencia, que luego repercute –a su vez–, en la falta de reconocimiento de un adecuado mecanismo procesal que consienta la expulsión material de la prueba ilícita tan pronto como sea posible y contribuye a generar una serie de inconvenientes en materia de prueba refleja.

El origen del problema así como su solución se enmarca en la evolución doctrinal y jurisprudencial tendiente a acabar con la distinción entre principio de presunción de inocencia (regla de juicio) y el principio *in dubio pro reo*.

Para comprender los extremos del problema es imprescindible estudiar la negativa influencia de esta inadecuada distinción entre principio de presunción de inocencia como regla de juicio y principio *in dubio pro reo* respecto de la consideración del procedimiento probatorio. A estos efectos conviene revisar el contenido del derecho a la presunción de inocencia elaborada por la jurisprudencia del TC a través de la expresión sintética «mínima

⁷⁶²ASENCIO MELLADO, José María, “ASENCIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumentación de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 96 s.

⁷⁶³ Ejemplo de la oscuridad conceptual denunciada se puede leer en: RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 323: “Finalmente, queremos poner de relieve que cuando se afirma que el registro es eficaz o ineficaz y consiguientemente posee o carece de valor probatorio, no se puede deducir sin más que deberá dictarse sentencia en un sentido u otro, como si de una prueba tasada se tratase; lo único que con ello se quiere decir es que, de acuerdo con el sistema de libre valoración de la prueba imperante en nuestro ordenamiento procesal penal, formará parte del acervo probatorio y el registro deberá por tanto ser valorado por el juzgador conjuntamente con las restantes pruebas aportadas”.

actividad probatoria de cargo», a través de la invocación de la STS 53/2011⁷⁶⁴, cuyos argumentos son reiterados en STS 454/2015⁷⁶⁵ y cuyo antecedente ya se encuentra en la STS 168/2008.

Esta línea jurisprudencial, recuerda que el proceso de análisis de las diligencias en un proceso penal obliga a deslindar dos fases perfectamente diferenciadas. Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas: *i*) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; *ii*) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo. Luego, correspondería una segunda fase de carácter predominantemente subjetiva, para la que habría que reservar «*strictu sensu*», la denominación usual de «valoración del resultado o contenido integral de la prueba», ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

Tradicionalmente se habría sostenido que en la primera fase operaría la presunción de inocencia; mientras que en la segunda el principio *in dubio pro reo*. Así la presunción de inocencia se desenvolvía en el marco de la carga probatoria y suponía (STC. 31.5.85) que el acusado no era a quien correspondía demostrar su inocencia frente a la acusación que contra él se formula, sino que era el MP a quien competía acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y siempre que objetivamente pudiesen reputarse como pruebas de cargo.

En este esquema, el principio «*in dubio pro reo*», presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvolvía en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien competía su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim).

Esta misma sentencia, continúa explicando que si bien en un primer momento, la distinción era relevante desde la perspectiva constitucional porque mientras se entendía que la presunción de inocencia había sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo; la regla *in dubio pro reo*, en cambio, no gozaba de dicho carácter siendo solamente considerada como un principio interpretativo, esto es, una condición o exigencia «subjetiva» del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. De este modo, la invocación casacional de esta última solo era excepcionalmente admisible cuando resultara vulnerado su aspecto normativo, es decir sólo en los casos en que estuviese acreditado que el Tribunal había condenado a pesar de la duda⁷⁶⁶. Como se advierte, se trataba de una

⁷⁶⁴ STS 53/2011, Sec. 1ª, de 10 de febrero de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 8º.

⁷⁶⁵ STS 454/2015, Sec. 1ª, de 10 de julio de 2015, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 22º. Sobre el alcance del principio *in dubio pro reo*, a nivel de TC se cita STC 147/1999 de 15 de junio.

⁷⁶⁶ La citada sentencia hace referencia a las SSTS 70/98 de 26 de enero y 699/2000, de 12 de abril. Agreguemos nosotros, también las SSTC 31/1981; 13/1982 y 16/2000.

distinción que apuntaba a delimitar el alcance del control motivacional de las sentencias, con el objeto de que las alegaciones vía amparo sólo pudiesen versar sobre el primer aspecto, esto es, la sola existencia de «mínima actividad probatoria de cargo».

Sin embargo, como indica esta misma sentencia, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada por la jurisprudencia, que reconoce que el principio *in dubio pro reo* forma parte del derecho a la presunción de inocencia y, por ende, atendible en casación. En efecto, a nivel doctrinal, en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ, “la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente inviable, pues todo lo que no sea acreditado como culpabilidad, es decir, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, sólo puede ser incondicionada afirmación del estatus de inocencia preexistente. Y ello, cualquiera que fuere la causa de ese fracaso, porque de otro modo se llegaría a la distinción inaceptable de una absolucón por inexistencia de pruebas y otra sólo por insuficiencia de éstas, y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes”⁷⁶⁷.

Más allá de detenernos en disquisiciones sobre esta formulación e inclusión del principio *in dubio pro reo*, inabarcable por lo demás en esta sede, es imperioso efectuar una doble consideración.

En primer lugar, la estructura expuesta para explicar el contenido del derecho a la presunción de inocencia debe reconocer que en realidad la misma está usufructuando de la estructura del denominado «procedimiento probatorio». Así, tal como hemos profundizado al tratar el ordenamiento italiano, la citada evolución jurisprudencial efectúa la distinción entre un aspecto objetivo y subjetivo dentro de la fase de valoración. La cuestión es que el primer aspecto, precisamente por su carácter objetivo, debiese encontrarse separado conceptualmente de la fase de valoración en sentido estricto, esto es, de carácter «subjetivo». Que la valoración sobre la eficacia de la prueba constituya una valoración objetiva de la prueba que proceda antes de la valoración en sentido estricto es lo que evita que sus reglas sean temperadas a través de criterios que invoquen el principio del libre convencimiento del juez. Como ya se ha explicado, el hecho que opere antes también permite sostener que la fase decisoria se encuentra regida por el principio de libre valoración, fase interna que al ser de hecho incontrolable externamente, requiere que el adjetivo de «libre» opere respecto de un cuadro probatorio legalmente seleccionado.

En efecto, es en el ámbito objetivo del procedimiento probatorio donde cobra relevancia la verificación del cumplimiento de las garantías que la jurisprudencia se ha encargado de determinar, y que prácticamente pueden sistematizarse en dos: *i*) que la prueba no se haya obtenido con vulneración de derechos fundamentales (proposición y admisión); y, *ii*) que haya sido practicada en el juicio oral, con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, y que haya sido sometida a contradicción (práctica).

⁷⁶⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 83. Cfr. ASENIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 21, para quien no son nociones equivalentes.

Como se advierte el aspecto objetivo del procedimiento probatorio constituye un paso previo a la valoración en sentido estricto, incluso de la «decisión» y de la «motivación» y ello se explica porque, en definitiva, con anterioridad al mismo no hay «prueba». En este sentido, la prueba corresponde al resultado del aspecto objetivo del procedimiento probatorio que, al incluir la valoración de la eficacia de la prueba, con los parámetros apenas anotados, se encarga de establecer la efectiva «existencia» de prueba, como un aspecto que erróneamente se incluye en la noción de «mínima actividad probatoria de cargo». En efecto, en palabras de ASENSIO MELLADO, explicando este último extremo, “no se puede apreciar como prueba aquello que no lo es bien porque la Ley le confiere un valor diferente, bien por ser objeto de prueba como el atestado, o bien por ser medio de investigación como lo son las diligencias sumariales”⁷⁶⁸, agréguese entonces también, bien por haber sido obtenida con violación de derechos fundamentales.

Una vez determinada la existencia del material probatorio, este resultado es el que debe ser sometido al examen subjetivo del juzgador para obtener el convencimiento de la certeza de la culpabilidad y, para ello se entiende que el mismo debe alcanzar el estándar de «mínima actividad probatoria de cargo». Que la actividad probatoria pueda calificarse de «mínima» y «de cargo», ya implica entrar en el ámbito de la valoración de la prueba propiamente tal y en la operatividad del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, ya que la afirmación de ambos adjetivos debe obedecer a un razonamiento lógico y motivado.

Secundaría esta reflexión, cuanto apreciado por ANDRÉS IBÁÑEZ, en orden a que, al tratarse de una regla de exclusión, está “llamada a operar en un momento previo al de la valoración de la prueba, ya que la que resulte afectada por ella, por prescripción legal, carecerá de aptitud para ser evaluada”. De este modo: “a la afirmación de que concurre o no la manida «mínima actividad probatoria», de que habla la jurisprudencia, sólo puede llegarse en virtud de una valoración, primero analítica de lo aportado por cada medio de prueba y, después, de cada una de estas aportaciones en el contexto de todas las restantes que integren el «cuadro probatorio». Un momento, este segundo, al que no cabe llegar *per saltum*”, sino que precisamente a través de una valoración que en esta investigación se ha asignado un carácter «objetivo»⁷⁶⁹.

Me parece que aunque el citado autor no efectúe directamente la distinción que propongo en esta tesis en base a las fases del procedimiento probatorio, creo entender que a ello apunta

⁷⁶⁸ ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 41.

⁷⁶⁹ Me parece que en este sentido podrían encuadrarse las anotaciones de Asencio Mellado, quien aún en la época de distinción entre principio de presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo* señalaba que: “Respecto del ámbito de operatividad del derecho a la presunción de inocencia no ha cabido duda alguna a la doctrina en afirmar que excede con mucho al principio *in dubio pro reo*, y ello por la propia naturaleza que poseen uno y otro. Así, mientras que el principio «in dubio pro reo» no pasa de ser un principio general del Derecho con incidencia sólo en el aspecto subjetivo valorativo de la prueba, esto es, afecta a la actividad psicológica interna del juzgador y, de entrada, no es elemento revisable por instancias superiores, la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional que incide igualmente en el terreno valorativo pero que trasciende de éste para encuadrarse en el aspecto objetivo de la prueba, es decir, de la prueba como medio o actividad siendo, en consecuencia, su infracción perfectamente constatable tanto por el TS como, especialmente por TC”, ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 40.

cuando se señala que la prueba ilícita constituye precisamente una excepción en el esquema antes anotado. Y ello porque en este caso, y suponiendo que sea la única prueba existente, la verificación de su ilicitud en el examen objetivo, a juicio del autor, permite prescindir de la valoración subjetiva. En efecto, señala que: “desde este punto de vista, sólo existe un supuesto de vacío probatorio apreciable con esa clase de objetividad [entiéndase, agregamos nosotros, como simple constatación *externa*, como señala el mismo autor: una especie de comprobación *desde fuera* de la efectiva concurrencia de prueba por razón de algo así como su *materialidad*]: es el que concurrirá en el caso de la prueba ilícitamente obtenida. Por ejemplo, en el de un registro constitucionalmente ilegítimo por falta de autorización judicial –circunstancia de fácil comprobación– cuando la hipótesis acusatoria no contase con más apoyo que el de los datos procedentes de esa actuación gravemente ilegal. Pero, precisamente, porque los rasgos de radical ilegitimidad de ésta impiden entrar en una apreciación del potencial convictivo de los elementos de juicio derivados de aquélla”⁷⁷⁰.

Creo que es el camino por el que la jurisprudencia debiese iniciar una nueva fase evolutiva sobre el contenido preciso del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que –tal como es tendencialmente claro en Italia– en este caso “se está fuera del campo de acción de una verdadera regla de juicio, encontrándonos más exactamente ante un límite de uso del dato cognoscitivo”⁷⁷¹. De hecho, aun cuando el TS continúe conectando la garantía de inadmisión con la presunción de inocencia y, sin perjuicio de haber detectado algunas sentencias que lo hacen respecto del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías, me parece que poco a poco va efectuando una lectura entre líneas. Así creo advertirlo en STS 721/2014, f.j. 6º que siguiendo la postura tradicional que conceptualiza la garantía como prohibición de valoración «absuelve» al acusado. No obstante hacerlo sobre la base del «principio constitucional de presunción de inocencia» (véase el fundamento jurídico único de la segunda sentencia); efectúa una interesante distinción entre: la declaración de ilicitud de una determinada prueba (en este caso tanto de la prueba original como derivadamente ilícita) y la situación del acusado en términos de absolución o condena. Ahora bien, en lo que a este apartado respecta, el nuevo enfoque operado por el TS en orden a ubicar esta prohibición de valoración dentro del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías apunta precisamente a reconocer que la constatación de que una prueba haya sido obtenida y practicada en conformidad con las garantías legales y constitucionales sea una cuestión constitutiva de la lesión de un derecho fundamental autónomo como el citado, aun cuando se le mencione dentro del contenido del derecho a la presunción de inocencia.

⁷⁷⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 85 y 195 s.

⁷⁷¹ DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p. 26.

f) *Inevitable influencia psicológica de la prueba prohibida en la decisión*

Se ha visto cómo la ubicación del juicio de valoración sobre la eficacia de la prueba en fase de valoración subjetiva resulta ser un absoluto despropósito a la finalidad que se pretende atribuir a las prohibiciones probatorias.

Fue el propio CORDERO, quien en vía autocrítica, señaló que su impostación, «lamentablemente», no excluía que la prueba inadmisibles e inválidamente adquirida, una vez percibida por el juez, dejara una huella indeleble propio de un fenómeno psicológico irreversible; indicando expresamente, además, que la cuestión debía ser resuelta a través del «mediocre» recurso ofrecido por el control de la motivación⁷⁷².

Sin embargo, tales afirmaciones parecen contradictorias, sobre todo en relación a las conclusiones a que el mismo autor arriba en otra de sus autorizadas obras. A propósito del debatido tema de las lecturas de verbales en juicio, señala que: “el fenómeno sugiere una primera y obvia reflexión: si el legislador exige que ciertas pruebas sean ignoradas [se refiere a la lectura prohibida], la mejor solución es excluirla físicamente; someter un documento a la percepción del juez, con la prohibición de servirse del mismo a efectos decisorios, constituye un comportamiento manifiestamente contradictorio. La sugestión que por esta vía se ejercita en el inconsciente, no es un hecho a descuidarse; es más, es posible que el resultado probatorio sea usado conscientemente, detrás de una aparente motivación, si bien incuestionable en términos formales, finalmente insincera, que disimula los orígenes intuitivos de la decisión”⁷⁷³.

De esta observación surgen dos clases de conclusiones, ambas integradas por una adecuada consideración del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla estructural del procedimiento. Lo analizaré en el orden que acabo de anotar.

- i. Necesaria configuración de las prohibiciones probatorias en clave de regla de exclusión en sentido técnico

Es por todo lo anterior que CARNELUTTI, acertadamente, propugnaba la exclusión material de los elementos probatorios en modo que éstos no fuesen puestos en conocimiento del tribunal juzgador⁷⁷⁴. De ahí también que sea altamente reprochable que ninguno de los ordenamientos estudiados (salvo el español tratándose del procedimiento abreviado) prevea un debate sobre estos aspectos en fases anteriores al juicio, ante una instancia jurisdiccional diversa de aquélla que en definitiva deba pronunciarse sobre el fondo.

Me parece entonces que los argumentos contrarios a la configuración de una regla de exclusión en sentido técnico acusatorio, formados al alero de una supuesta privación de una

⁷⁷²CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 121, nota n. 347.

⁷⁷³CORDERO, Franco, “*Scrittura e oralità*”, op. cit. (n.263), p. 180. Sobre la influencia de orden psicológico derivada del conocimiento material del acto, también FERRUA, Paolo, “*IV La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all’oralità e al contraddittorio*”, en *Studi sul processo penale* (1ª ed., Torino, Giappichelli, 1990), p. 87.

⁷⁷⁴Véase nota n. 554.

competencia que la ley atribuye propiamente al tribunal del juicio, sea en realidad una aporía, puesto que es de la esencia de la prohibición de adquisición el que la prueba prohibida no sea conocida por el tribunal para evitar que éste la emplee, consciente o inconscientemente, en la toma de su decisión.

El que la exclusión de prueba sea vista, a su vez, como un atentado a los derechos de defensa del imputado, tampoco resulta sostenible, ya que precisamente el elemento probatorio prohibido con contenido de descargo ha sido considerado una válida excepción a la aplicación de la regla, sin perjuicio de la atendibilidad que pueda reconocerse al mismo en sede de valoración. Desde este extremo las aprehensiones respecto del hecho que el juez no podría proceder a declarar la admisión de prueba prohibida de descargo porque no podría acceder a su contenido, constituye otra confirmación de la necesidad de plantear el debate de estas cuestiones en una sede diversa del juzgador que, más allá de las alegaciones de las partes, constituya una instancia para rendir prueba sobre estos aspectos controvertidos.

ii. Insuficiencia de la exigencia de una declaración expresa de inutilizabilidad/ineficacia

Como se ha apenas revisado, la fase de «decisión» es en sí misma incontrolable desde un punto de vista externo, por lo que a pesar de que el juicio sobre eficacia de la prueba se ubique fuera de la fase subjetiva de valoración, de todos modos se sabe que no hay modo de controlar que ésta no tenga en cuenta prueba prohibida.

En efecto, aun en los ordenamientos donde se configure una regla de exclusión de prueba prohibida en sentido técnico, las perplejidades que suscita esta última observación, necesariamente se mantendrán en los casos en que la admisibilidad haya sido indebidamente declarada; cuando la misma no haya podido advertirse sino hasta la concreta rendición del medio de prueba; o bien, cuando se trate de un supuesto de prohibición de asunción⁷⁷⁵.

De acuerdo al esquema delineado estas hipótesis debiesen entenderse formalmente solucionadas a través de la imposición al tribunal del deber de declarar expresamente la inutilizabilidad o ineficacia del elemento probatorio prohibido. Analicemos lo estéril que puede ser esta solución sin un adecuado complemento.

En relación con este punto, LOZZI señala que “mientras la ineficacia del dato probatorio inválido viene sostenida en doctrina para destacar que tal dato (salvo hipótesis de sanatoria) jamás debe ser utilizado por el juez; el mismo principio es invocado en jurisprudencia, no para resaltar la prohibición de utilización de la prueba inválida, sino que para precisar que la no utilización exime al juez del deber de declarar la invalidez de la prueba”⁷⁷⁶. Así, para GRIFANTINI, una de las novedades del código de 1988, está constituida por la regla que parece deducirse del art. 191 inc. 2° c.p.p., esto es, que la inutilizabilidad debe ser siempre declarada, por ende el no uso de la prueba prohibida por parte de la sentencia, no exime al juez de efectuar

⁷⁷⁵GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 246.

⁷⁷⁶LOZZI, Gilberto, “*Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, op. cit. (n. 153), p. 443 ss.

su declaración, la que además de ser obligatoria, elimina la prueba del material valorable y permite a las partes controlar su cumplimiento”⁷⁷⁷.

El punto se encuentra en estrecha conexión con el carácter que se reconozca a aquella declaración, en el sentido si –como sucede con la nulidad–, la misma debe considerarse revestida de un carácter «declarativo» o «constitutivo»⁷⁷⁸. Si bien profundizar sobre estos aspectos constituiría un exceso (que escapa, por lo demás, a cuanto me interesa destacar en esta instancia), me limito a señalar que debido a la estructura misma de la «prueba prohibida», no susceptible de sanatoria ni de convalidación y, en particular en atención a los efectos reflejos inherentes a ella, resulta más conveniente reconocer a la declaración de inutilizabilidad o de prueba ilícita, un carácter «declarativo». En esta dirección, según GONZÁLEZ GARCÍA, aun cuando el art. 11.1 LOPJ no aluda de manera expresa a la nulidad, tal referencia debe considerarse hecha a partir del uso de la expresión «no surtirán efecto», que –en principio– viene a manifestar el efecto propio de la nulidad de pleno Derecho, esto es, una ineficacia que se produce *ex tunc*: no desde el momento de la declaración, sino radicalmente desde el momento en que se produjo la vulneración. Por lo demás, a juicio del citado autor, en el Derecho español la vinculación entre la vulneración de derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho es evidente, para lo cual basta tener a la vista el art. 55 LO 1/1979, del TC y el art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, donde también se establece la nulidad de pleno Derecho como efecto de los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional⁷⁷⁹.

Ahora bien, el hecho que se sostenga su carácter declarativo, no consiente que el mismo pueda ser omitido como trámite formal y que ciertamente deba ser motivado. En efecto, esto se debe a que en cuanto resolución judicial, éste representa el único modo para resguardar el derecho de las partes: por un lado el derecho a la prueba de quien pretendía valerse de ella en respaldo de sus pretensiones (sujeto activo de la prueba); y del derecho del imputado a ser juzgado en el marco de un procedimiento respetuoso del principio de legalidad, cuestión que incluye la exclusión de prueba prohibida.

Digamos que la declaración expresa, con la indicación de los motivos tenidos en cuenta para ello resultan cruciales para que las partes puedan ejercer el control recursivo que corresponda. Sin embargo, ello no soluciona la influencia psicológica que la misma de todos modos proyecta en la decisión final.

⁷⁷⁷GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 254.

⁷⁷⁸Sobre el valor constitutivo del pronunciamiento en materia de nulidad, entre otros, *vid.* PANZAVOLTA, Michele, voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, op. cit. (n. 239), p. 15; CAVALLARI, Vincenzo, “*Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali penali*”, op. cit. (n. 284), p. 215.

⁷⁷⁹GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 16. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 55 ss. En cuanto a las diferencias características, siguiendo a Muerza Esparza, señala que: “la nulidad absoluta se basa en la existencia de un defecto insubsanable, puede ser declarada de oficio y en cualquier momento, y produce sus efectos *ex tunc*; la anulabilidad, por el contrario, se basa en la existencia de un defecto subsanable, únicamente puede ser declarada a instancia de parte, tiene un plazo preclusivo para su denuncia, y produce sus efectos *ex nunc*”.

En España, el debate sobre el modo en que se concreta la «prohibición de valoración» en fase de valoración se mueve en torno a dos objetivos e intereses opuestos: “aquel 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 recusado; y aquel otro conforme al cual corresponde a la fase de juicio el 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”⁷⁸⁰, habiéndose delineado una dirección jurisprudencial que decanta finalmente por esta última⁷⁸¹.

Sin embargo, según la presente investigación debiese darse razón a aquella doctrina española que –más allá de una cuestión declarativa o de expulsión material del elemento probatorio a esas alturas– considera que la única solución posible sea la recusación del juez o tribunal para continuar con el conocimiento del fondo del asunto⁷⁸². Es claro que esta opción no

⁷⁸⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 133 s.

⁷⁸¹ Cfr. ASENSIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 9 s. “Ninguna resolución jurisprudencial, absolutamente ninguna, ha determinado que la prueba ilícita se equipare a una mera prohibición de valoración y que, por tal motivo, su denuncia y apreciación sea materia solo evidenciable en el juicio oral; antes al contrario, cabe hallar pronunciamientos en sentido contrario y, lo que es más frecuente, situaciones en las que se manifiesta que esta conducta de anular los efectos de la vulneración de derechos de manera inmediata, en la instrucción, es admisible y ordinaria. Sí se han pronunciado resoluciones que indagan en sí una prueba ilícita, si no se ha anulado anteriormente, puede ser denunciada en el juicio ordinario como artículo de previo pronunciamiento, en la audiencia previa del procedimiento abreviado o si, en fin, su ilegitimidad ha de ser decretada en sentencia. Pero, estas decisiones en momento alguno entran a valorar siquiera si la decisión de nulidad procede o no con anterioridad, en la fase de instrucción. Usarlas, como se quiere hacer, para interpretar que es el momento de la sentencia el oportuno para valorar la ilicitud probatoria implica un error de interpretación de aquéllas o, incluso, una lectura parcial e interesada de las mismas (...) En este sentido, con carácter general y revelador de la tendencia unánime, cabe citar las SSTC 49/1996, de 26 de marzo, 149/2001, de 27 de enero y 202/2001, de 15 de octubre, que afirman que la prueba ilícita, si es propuesta, no debe ser admitida, ni se puede utilizar, ni, en fin, si se llega a esta situación, valorar con fines condenatorios. Constituye, es cierto, la prueba ilícita una prueba de valoración prohibida, pero, siempre que anteriormente haya sido admitida como tal prueba y que no haya sido excluida apreciada su ilegalidad. La interdicción probatoria es el último freno a la eficacia de lo que atenta a los derechos fundamentales, pero no el único. En un sentido parecido se pronuncia el TC, en Sentencia dictada por su Pleno 184/2003, de 23 de octubre y en las SS 49/1996, de 26 de marzo y 149/2001, de 27 de junio. En todas ellas, aunque la resolución del recurso de amparo se produce tras la condena, se emite una misma declaración. De este modo, el TC viene a afirmar que la labor de enjuiciar corresponde al tribunal competente y que es éste el que debe valorar si es procedente la condena a la luz de las pruebas aportadas. Pero, ordena, tras constatar la ilicitud de algunas que fundamentaron la condena objeto de recurso, la retrotracción de las actuaciones al momento anterior a la formulación de la acusación y la proposición de prueba para, que una vez excluidas las pruebas ilícitas, la acusación, sin contar con ellas, valore si puede o no acusar. Si decide que sí, entonces, se repite, será el tribunal enjuiciador el que valore la suficiencia o insuficiencia de las mantenidas al efecto de una condena o absolución. Lo que manifiestan estas sentencias del TC es que la prueba ilícita no es cuestión de valoración por el tribunal sentenciador que haya de resolverse en sentencia, ni siquiera del órgano que conoce del juicio oral, pues ponen el acento en la necesidad de que se excluyan con anterioridad a la formulación de la acusación y de la proposición de prueba para que las partes acusadoras la confeccionen a la vista exclusiva de las pruebas válidas y, con ello, para que la defensa pueda, por un lado, en su caso, no verse sujeta a un juicio si no hay pruebas para su celebración y, si las hay, que articulen su posición solo en atención a lo que posea valor probatorio”.

⁷⁸² Criterio rector en este sentido lo serían las disposiciones introducidas en materia de Tribunal de Jurado, *vid.*: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente*”.

es la preferida ni por el legislador ni por la jurisprudencia debido a las colosales consecuencias que la misma tiene en la administración de justicia en términos logísticos. Sin embargo, si se quiere tomar en serio la garantía constitucional de ser juzgado por un tribunal imparcial, los extremos del debate debiesen prescindir de estas consideraciones económicas y en todo caso prácticas de una tal implementación.

iii. Principio de presunción de inocencia como principio estructural del sistema

En esta sección me parece relevante la conexión existente entre la regla de exclusión y el derecho a la presunción de inocencia, mas no como regla de juicio y por ende desde su incorporación en el núcleo de este derecho fundamental; sino que como principio que debe presidir todo el curso de formación de la prueba en su vertiente de criterio estructural de la justicia penal.

A mi parecer ANDRÉS IBÁÑEZ ha arribado precisamente a esta perspectiva cuando, citando a ILLUMINATI, termina conectando la regla de exclusión con el principio de legalidad procesal. Si bien no comparto que el citado autor incluya la garantía de inadmisión dentro de este principio como regla de juicio, creo importantísimo que se enarbole el tratamiento procesal de la prueba ilícita en consonancia con la presunción de inocencia desde su rol de principio estructural, sin que con ello se confunda –reitero– con una atribución equivocada de su naturaleza jurídica como garantía procesal al interior del primero como regla de juicio.

El principio de presunción de inocencia como criterio estructural del proceso penal, suele hacerse consistir en el imperativo de contar con un juez idóneo (entiéndase imparcial); en un proceso inequívocamente acusatorio, regido por el paradigma indiciario, en que la *notitia criminis* juegue, en el orden epistemológico, como hipótesis que el afectado –en tanto que presunto inocente– podrá discutir desde el comienzo. Esta consideración es común a ambos ordenamientos, de ahí que la línea argumentativa que se expone en esta sección pueda ser pacíficamente aplicable respecto de los dos sistemas⁷⁸³.

Como continúa señalando ANDRÉS IBÁÑEZ: “el principio de presunción de inocencia impone [...] un modo de actuar rigurosamente inspirado en el paradigma indiciario. Éste exige que el proceso se instale únicamente en presencia de indicios de delito lo bastante objetivables como para que puedan ser intersubjetivamente valorados; que las hipótesis de significación acusatoria se formulen con el necesario rigor”, con lo que se procura una aproximación tendencialmente objetiva a la verdad empírica ya desde el inicio⁷⁸⁴.

Es este aspecto el que en concepto del citado autor hace que el modelo impuesto en su respeto sea «realmente funcional a la obtención de una verdad de calidad». En este contexto, la

obtenida”, op. cit. (n. 82), p. 205 ss. Por esta solución, también ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 86.

⁷⁸³ Estas anotaciones extraídas de la obra de ANDRÉS IBÁÑEZ que se viene citando, también constan en las ideas formuladas por ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 40 ss.

⁷⁸⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 186 ss.

señalada tendencial objetividad en el tratamiento de los indicios, anticipa el umbral de la contradicción como método de obtención de los datos relevantes; y exige desde el comienzo «juego limpio» en el tratamiento de éstos.

En este punto es que surge el argumento que permite diluir las aprehensiones manifestadas por los detractores de la configuración a una «prohibición probatoria» en términos de una regla de exclusión en sentido técnico, y que la misma se entienda operativa (en el sentido de denunciante) también en fases anteriores al juicio y que, mayormente, se justificaría en la ausencia de competencia expresa al juez de instrucción o de la investigación preliminar para hacerlo; y acabaría con el argumento aducido en orden a la competencia exclusiva de los jueces en juicio oral para valorar la misma en conexión con otros datos probatorios, esto es, en virtud del cuadro probatorio en su conjunto.

En efecto, dentro de los principios inherentes al sistema acusatorio se encuentra – justamente– el principio acusatorio, entre cuyos extremos se haya la necesidad de la existencia de una acusación. Este último aspecto da lugar a la identificación de un periodo intermedio, también denominado «juicio de acusación»⁷⁸⁵. Como indica ARMENTA DEU: “Desde esa perspectiva debe examinarse la necesidad de petición de apertura del juicio oral por alguna de las partes acusadoras; la exigencia de presentación del escrito de acusación; o la vinculación judicial a la petición de sobreseimiento de todas las partes acusadoras, si no prospera el ofrecimiento de acciones (arts. 642 a 643 LECrim para el proceso ordinario y art. 782.1 y 2 LECrim para el procedimiento abreviado)”⁷⁸⁶.

Aún cuando no se ahonde en el modo en que debe operar dicho «examen sobre la necesidad de acusación», no cabe duda que la misma no puede no versar sobre el análisis de los indicios en que se basa la hipótesis acusadora y dado que –efectivamente, el juez de instrucción carece de la competencia para pronunciarse sobre el establecimiento del hecho constitutivo de la hipótesis acusadora– tal análisis deberá necesariamente recaer en el aspecto objetivo del procedimiento probatorio (admisión y práctica) de los elementos probatorios en los que éstos se basan, que en una perspectiva objetiva redundan en una comprobación *externa* de su licitud. Ello a la par de cómo se efectúa el análisis sobre su pertinencia y relevancia, todo en cumplimiento de los límites intrínsecos del derecho a la prueba en los términos de PICÓ I JUNOY.

Para ANDRÉS IBÁÑEZ, este tratamiento inicial constituye un presupuesto necesario del derecho de igualdad; pues, como expresa el TC en los autos –entre otros– 173/1984, de 21 de marzo y 289/1984, de 16 de mayo, «el procedimiento, que de alguna manera desencadena la posibilidad de la condena, hacen nacer dicha presunción»⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵ Para un análisis profundizado del rol del juicio de acusación respecto de la máxima fundamental, según la cual “es indispensable que toda legislación procesal reconozca la necesidad de evitar acusaciones temerarias o infundadas que podrían la libertad individual y los derechos del acusado”, *vid.*: ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación* (1ª edición, Barcelona, Atelier, 2007), *passim*, p. 18 ss.

⁷⁸⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit. (n. 126), p. 51.

⁷⁸⁷ *Vid.* STC 113/1984, de 29 de noviembre, según la cual con la presunción de inocencia «se presume que toda persona acusada de una infracción sancionable es inocente mientras no se demuestre lo contrario» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, 123/1997, de 1 de julio).

Es por todo lo anotado, que estas consideraciones debiesen tomarse en serio a la hora de verificar soluciones al influjo psicológico de aquella prueba que no ha podido ser excluída en fases iniciales al juicio, y con ello evitar que consideraciones logísticas y presupuestarias sirvan de fundamento a rechazar la inhabilitación del tribunal en estos casos.

3. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» del art. 191 c.p.p.i. y aplicación del régimen de inutilizabilidad únicamente a la prueba constituenda

El legislador del c.p.p.i. de 1988 no solo se detiene a individuar peculiares criterios inherentes al juicio de *ammissibilità probatoria*, sino que además del *an*, provee a determinar el *quomodo* del experimento cognoscitivo empleado a través de la predisposición de apropiadas *regole di assunzione probatoria*⁷⁸⁸, siendo importante destacar que con el vocablo «*assunzione*» se designan fenómenos diversos, según si la prueba a que se refiere es *costituiteda* o *costituenda*. La prueba *costituenda* alude a una indicación sintética, acogida con cierta unanimidad por la mejor doctrina italiana, referida a aquellos medios de prueba formados en el curso del proceso, en contraposición a la prueba preconstituída.

Es en el esclarecimiento de estos conceptos donde nuevamente cobran vigencia los postulados de la tesis corderiana en orden a reducir la aplicación del régimen de inutilizabilidad únicamente respecto de la denominada *prueba constituenda*, como consecuencia forzada del rechazo a las categorías autónomas de «prueba ilícita» y «prueba inconstitucional»; y, en consonancia con el propiciado criterio del «poder instructorio».

En efecto, el supuesto que se aborda tiene que ver con prueba que –según la posición tradicional– es en sí y de por sí *admisibile* (relevante y eficaz) al juicio, pero que han sido creadas u objetivadas por el sujeto que las introduce en el juicio, a través de un acto «ilícito». Piénsese en el caso del documento robado o en otras análogas –a modo ejemplar: la confesión obtenida forzada obtenida por agentes públicos o privados mediante tortura o chantaje; las declaraciones efectuadas sobre la base de revelaciones hechas por parte de un profesional con violación del art. 622 del código penal– en que la ilicitud es propia de un acto, procesal o extraprocesal, *precedente* o de todos modos *no coincidente* con la admisión de la prueba sino que con su producción o asunción.

a) *Interpretación restringida referida únicamente a la «prueba constituenda» en conexión al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»*

⁷⁸⁸CAPPELLETTI, Mauro, “*Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*”, op. cit. (n. 148), p. 111. En tales términos, también, GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 247 “Del art. 191 c.p.p. se deduce que, como se ha indicado, son inutilizables tanto las pruebas admitidas con una resolución que viola una prohibición; como las pruebas admisibles, pero introducidas con una operación adquisitiva deforme de aquella prescrita”, para las diversas posiciones doctrinales al respecto véase nota 29 p. 248.

i. Consideraciones en torno a la «prueba constituenda» y «prueba costituita»

Bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988, la perpetuación de la concepción corderiana en orden a predicar el problema de la inutilizabilidad sólo respecto de prueba *costituenda*, se hace depender de una interpretación «no-técnica» de la voz «pruebas adquiridas» contenida en el art. 191 c.p.p.i.

Según SCCELLA, si bien desde un punto de vista técnico dicha expresión siempre ha sido reservada únicamente para las pruebas preconstituidas, en contraposición a la expresión «asunción» de las pruebas *costituende*⁷⁸⁹, debe reconocerse “que no siempre el vocablo «adquisición» es usado en su acepción más rigurosa, de modo que no parece correcto considerar que el tenor del art. 191 c.p.p. proporcione elementos decisivos al respecto”. En efecto, para evidenciar la escasa unicidad del lenguaje legislativo, al citado autor le parece suficiente invocar los arts. 417 y 434 c.p.p., en la parte en que se refieren a fuentes probatorias «adquiridas». Si es cierto que sólo puede considerarse adquirida la prueba ingresada en el espacio procesal en modo sucesivo a una resolución decisoria sobre la relativa solicitud de admisión, bien se comprende que las fuentes de prueba no constituyen el objeto de una adquisición en sentido técnico, sino que constituyen actos de individualización y de aseguramiento⁷⁹⁰, siendo entonces una demostración de un uso no técnico del término.

Luego, resulta está que el término «*assunzione*», según UBERTIS, vendría a designar fenómenos diversos dependiendo del tipo de prueba. Tratándose de prueba preconstituida, la «*assunzione*» concierne la actividad de investigación o búsqueda de una fuente de prueba y su introducción en el proceso; mientras que en el caso de la prueba *costituenda*, la asunción coincide con la «construcción» del elemento de prueba en juicio⁷⁹¹.

Así, a pesar de que la interpretación de la expresión «prueba adquirida» del art. 191 c.p.p.i. deba en teoría incluir las alegaciones relativas a la violación de prohibiciones recaídas en tema de prueba *costituita*, dado que la misma es en abstracto admisible, se concluye que a su respecto no procede la sanción de inutilizabilidad. Luego, por otra parte, aún cuando el análisis concerniente a la actividad de investigación de esta clase de prueba se comprenda en el concepto de *assunzione* y por ello deba verificarse a su respecto las prohibiciones establecidas por la ley, la misma vuelve a ser negada en base a la distinción normativa formulada en el

⁷⁸⁹SCCELLA, Andrea, “*L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 206 s., p. 207, nota 19. Cfr. VASSALLI, Giuliano, “*Il diritto alla prova nel processo penale*”, op. cit. (572), *passim*, p. 22 s., prefiere el término «acquisizione» en lugar de «assunzione», dado que el primero le parece más comprensivo, “plasmando en mejor modo la idea de una actividad judicial (y del p.m. en la instrucción sumaria) dirigida a recibir la introducción en el proceso de medios o elementos de prueba ya preconstituidos, como por ejemplos, los documentos, el *corpus delicti* y más en general, las cosas pertinentes al delito, etc.(...). De otra parte, la «assunzione», constituye una expresión prevalentemente ligada a la prueba testimonial (...) y en parte también a las pericias, y sin duda se encuentra comprendida en aquella actividad más genérica representada por la adquisición de la prueba”. De ahí que prefiera utilizar los términos «ammissione» y «acquisizione» de las pruebas, advirtiendo que con ellos entiende incluir, cuando sea el caso, la actividad judicial dirigida a la búsqueda material de la prueba.

⁷⁹⁰SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 165.

⁷⁹¹UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 26 nota 93.

código de 1988, entre medios de búsqueda de la prueba (art. 244-271 c.p.p.) y medios de prueba (art. 194-243 c.p.p.). Como se sabe, los medios de búsqueda de la prueba están estrechamente relacionados con la obtención de elementos materiales (prueba preconstituida) y con la identificación de fuentes que darán lugar a medios de prueba *costituenda*, de ahí que sea relevante precisar si los mismos serán o no susceptibles de inutilizabilidad en conexión con el tema de la posible derivación del vicio a dichos elementos materiales y fuentes de prueba *costituenda*. El punto es objeto de debate.

SCELLA actual defensor de muchos de los postulados corderianos, considera que desde un punto de vista lógico (antes que jurídico) no parece posible calificar como inutilizables las operaciones catalogadas en el título III del libro III. Los medios de búsqueda de la prueba asumen una función heurística que consiente la adquisición de elementos dotados de capacidad probatoria pero no constituyen una autónoma fuente de convencimiento en sí.

En este sentido, a juicio del autor, “debiese resultar evidente que lo introducido, a través del procedimiento adquisitivo, es el material idóneo a la decisión y jamás, por ejemplo, el registro, sino que –a lo más– la cosa obtenida como consecuencia del registro mismo. En otras palabras, la actividad de búsqueda material atiende sólo en vía mediata al fenómeno de la prueba y de la decisión. Estos actos –sin duda discutibles desde el punto de vista de su legitimidad o, más aun, de su ilicitud– no pueden ser objeto de utilización procesal, ni, en consecuencia, incurrir en una prohibición a pena de inutilizabilidad.

Aún cuando el legislador suela expresarse con fórmulas tales como «registro inutilizable», dicha locución apunta a describir elípticamente la imposibilidad jurídica de introducir en el cuadro decisorio la relativa acta de la diligencia, contenedora de un resultado cognoscitivo, o la *res* conseguida como resultado de la búsqueda, debiendo en todo caso reconocer que en esta última hipótesis no se alude a la «operación inventiva» considerada en sí, sino que a verdaderos y propios medios de prueba⁷⁹².

Sin embargo, tales consideraciones parecen no estar en armonía con otras aprehensiones formuladas por el autor en materia de garantías defensivas en caso de toma de muestras o evaluaciones técnicas operadas por la policía judicial, en que según SCELLA el cumplimiento facultativo de tales garantías en sede preliminar podría conducir a que la determinación de la culpabilidad del imputado fuese establecida gracias a un material obtenido unilateralmente por el acusador⁷⁹³.

Del resto, tales conclusiones tampoco se condicen con el significado que el autor reconoce a la falta de modificación terminológica respecto de las «inspecciones», «registros», «secuestros» e «interceptaciones» (al modo en que sí ocurre por ejemplo tratándose de «acreditaciones técnicas»/«pericias», de «individualización de personas o cosas»/«reconocimiento», de «interrogatorio de la persona sometida a investigación»/«examen del imputado», de «sumarias informaciones testimoniales»/«testimonio»), cuestión que el propio

⁷⁹²SCELLA, Andrea, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 212 s.

⁷⁹³SCELLA, Andrea, “*Brevi osservazioni in tema di accertamenti, rilievi e tutela del diritto di difesa*”, en *Cassazione penale*, 1990, II, 113, p. 280.

autor explica por el hecho de que tales medios de búsqueda de la prueba serían siempre inevitablemente utilizados en sede de juicio⁷⁹⁴.

ii. Consideraciones en torno al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita»

Las líneas argumentales afanadas en declarar inaplicable el régimen de inutilizabilidad a la *prueba costituita*, se explica porque una decisión en ese sentido debiese conducir a la confirmación de un rechazo de esta categoría. Basta leer el enfoque inicial con que MARINELLI refuta la existencia de esta última, precisamente negando toda relación entre la actual fórmula general de inutilizabilidad y los medios de búsqueda de la prueba. A juicio del autor, el tenor literal del art. 191 c.p.p., alude en modo exclusivo a las transgresiones que intervienen en la fase de asunción del medio instructivo, sin que se haga mención alguna a la prueba «descubierta» en modo «ilegítimo». Para luego agregar, casi como si se estuviese leyendo al propio CORDERO, que : “si esta es la exégesis correcta de la disposición, parece evidente que de ella descienda la expulsión del relativo ámbito de aplicación, de los instrumentos dirigidos a investigar las fuentes de prueba, colocados en una fase necesariamente antecedente al procedimiento adquisitivo entendido en sentido estricto. La observación es de extrema importancia, porque si también se admitiese la dilatación de la locución «prohibiciones establecidas por la ley» hasta el punto de incluir las normas sustanciales, se debería en todo caso inclinar por la tendencial inoperatividad de la disposición respecto a los medios de búsqueda de la prueba, sea que éstos sean típicos o innominados”⁷⁹⁵.

SCELLA, por su parte, también inicia su *iter* argumentativo refutatorio de la categoría de «prueba ilícita» destacando que es el propio régimen de las pruebas preconstituidas ilícitamente obtenidas la que apoya esta conclusión. En este contexto, su conclusión argumentativa incurre en una notable infracción del clásico principio lógico de no contradicción, según el cual una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. En efecto, una primera proposición reza que la expresión «pruebas adquiridas» debe entenderse referida a una conceptualización no técnica, esto es, no debe entenderse referida a las pruebas preconstituidas; una segunda proposición reclama considerar la expresión «pruebas adquiridas» en sentido técnico, referida únicamente al ingreso de una prueba en el proceso penal.

Además de plantear un sentido técnico y no-técnico de una misma expresión, a propósito del primero tampoco hay consenso por parte de los sostenedores de esta posición. En un análisis conjunto, la argumentación general incurre en una nueva infracción, esta vez del principio de tercero excluido; porque por una parte, en sede de prueba preconstituida, para SCELLA el sentido técnico del ingreso de la prueba se hace consistir en el momento sucesivo a una resolución decisoria sobre la relativa solicitud de admisión, razón por la cual las fuentes de prueba no podrían constituir el objeto de una adquisición en sentido técnico; y por

⁷⁹⁴SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introduttivo, op. cit. (n. 24), p. 127.

⁷⁹⁵MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 140.

otra, también en sede de prueba preconstituida, para MARINELLI el sentido técnico del ingreso de la prueba al proceso se hace consistir en una fase sucesiva a la admisión y prodrómica a la valoración de la prueba, como tal extraña a la mera recolección de las fuentes de prueba⁷⁹⁶.

En este contexto, SCELLA explica que el inc. 1° del art. 191 c.p.p. está destinado a operar solamente en los casos de transgresión de una prohibición de admisión probatoria, por lo que poco importa que los tipos penales estén destinados a prohibir una determinada conducta, no pudiendo demostrarse que éstas constituyan un límite al poder instructorio que le imponga el deber de rechazar la admisión de un determinado medio de prueba. “Las disposiciones sobre la base de las cuales se evalúa la actividad de investigación no configura otros tantos límites al poder de adquisición probatoria. Así lo demuestra la disciplina del secuestro, caracterizada por un absoluto desinterés por el modo en que la búsqueda misma haya sido conducida. Según el art. 253 c.p.p., el cuerpo del delito y las cosas pertinentes al delito necesarias para la comprobación del hecho «deben» ser secuestradas, prescindiendo de la modalidad concreta de su hallazgo”⁷⁹⁷.

Para GALANTINI, tal conclusión sería además sostenible “a la luz del hecho que permitir su extensión a prohibiciones extrapenales también se pondría en contraste con la norma que prohíbe el recurso, salvo excepciones, a los límites fijados por las leyes civiles (art. 193 c.p.p.)”⁷⁹⁸. A mayor abundamiento, la citada autora hace presente el silencio del legislador en la Relación al Proyecto preliminar sobre el punto, y la laguna normativa en que incurre el art. 271 inc. 1° c.p.p.i. al no efectuar referencia alguna al art. 615 *bis* c.p., precedentemente sancionado en forma expresa en el art. 226 *quinquies* c.p.p. 1930⁷⁹⁹, es señal de confirmación de cuanto afirmado.

b) Interpretación amplia comprensiva de «prueba constituenda» y «constituited»

Según COMOGLIO, aun cuando efectivamente SCELLA tenga razón en que el sentido técnico, más riguroso y correcto, de «adquisición» siempre haya sido referida a la prueba preconstituida, siendo usado sólo en raras ocasiones para aludir a las pruebas en sentido omnicompreensivo (preconstituidas y constituidas), de todos modos debe reconocerse que el Proyecto de nuevo c.p.p.i. instituido con el d.l. de 29 de julio de 2004, ha pretendido adoptar

⁷⁹⁶MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, op. cit. (n.160), p. 32.

⁷⁹⁷SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 490 s.

⁷⁹⁸GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, op. cit. (n. 586), p. 76; GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 204; Cfr. LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 201 s., “parece indiscutible que el art. 193 c.p.p. esté simplemente dirigido a impedir el ingreso en el proceso penal de pruebas legales «positivas», es decir, de previsiones que impongan la condena en presencia de un cierto dato cognoscitivo, como sucedería con la transposición de la disciplina civil sobre la confesión. En cambio, la prohibición de utilizar límites «negativos» pro reo al convencimiento sobre la responsabilidad del imputado, parece contrario a la *ratio* de la disposición prohibir”. Véase también CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, op. cit. (n. 43), p. 963. Estima que en materia penal, no obstante la enunciación de principios aparentemente libertarios en materia de prueba como el citado art. 193 c.p.p. que establece la inaplicabilidad en sede penal «de los límites de prueba establecidos por las leyes civiles», contiene en realidad una disciplina de la prueba mucho más limitante y severa.

⁷⁹⁹GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 203 s.

una interpretación extensiva del término⁸⁰⁰; cuestión que como se ve no consentiría una argumentación como la planteada, porque en este sentido no se discute la inclusión de la prueba *constituenda*.

Curiosamente, para GALANTINI, en cambio, desde una óptica sustancial, la operatividad de las disposiciones generales y, en particular, cuanto dispuesto por el art. 191 c.p.p, vale «indiscriminadamente» para la prueba preconstituida. Razona en el sentido de que una solución contraria comportaría para los órganos investigativos la libertad de elegir los casos y modos de desenvolver la correspondiente actividad, sin perjuicio que tales actos puedan ser eventualmente ingresados al fascículo del juicio en cuanto irrepetibles⁸⁰¹.

Es conveniente precisar eso sí, que el uso de la locución «indiscriminadamente» por parte de la autora debiese entenderse en el marco de la postura tradicional intermedia sostenida por la misma. Esto es, que un acto ilícito sólo podrá ser objeto de una prohibición probatoria en cuanto una norma procesal así lo disponga. De cara a tal consideración, me permito traducir que el uso de un término así lapidario, apunta únicamente a que –a diferencia de CORDERO–, la citada autora parece no acoger la doctrina del *male captum bene retendum* propiciado por el primero a través de la aplicación del criterio del poder instructorio, que es precisamente la razón del por qué este problema no se ponía en la tesis corderiana y que, como se ha visto es reformulado en la actualidad por SCILLA a partir de su referencia al art. 253 c.p.p.i., relativo al secuestro del cuerpo del delito y las cosas pertinentes al delito necesarias para la comprobación del hecho.

c) *Enfoque personal crítico al rechazo de la prueba constituida*

A pesar de coincidir personalmente con cuanto anotado por COMOGLIO en el sentido de que los medios de búsqueda de la prueba (regulados en los arts. 244-271) constituyen una cuestión diferente a los medios de prueba debido a que no cumplen una función directamente cognoscitiva⁸⁰²; no me parece que tal distinción pueda ser usada por la doctrina contraria para sustraerlos de la aplicación del régimen de inutilizabilidad. Esto, básicamente, desde tres líneas argumentativas, que a continuación se exponen.

i. Doble naturaleza jurídica de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba

⁸⁰⁰COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 126. FERRUA, Paolo, “*La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*”, op. cit. (n. 275), p. 788, señala que “el proyecto conecta la inutilizabilidad a cualquier divergencia del esquema legal del procedimiento probatorio. Prueba ‘adquirida’ ilegítimamente ya no es la prueba ‘admitida’, sino la prueba ‘obtenida’ ilegítimamente (...)”.

⁸⁰¹GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 179.

⁸⁰²COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 122: “«no son de por sí fuentes de convencimiento, sino que hacen posible adquirir cosas materiales, huellas o declaraciones dotadas de aptitud probatoria», sin que jamás puedan asumir por sí solas dignidad de prueba *strictu sensu*”.

En primer lugar, porque considero que los resultados obtenidos por medios de búsqueda de la prueba con «inobservancia» de su propia regulación, y más aun cuando se identifique una prohibición violada en su desarrollo, jamás podrá ser considerado «admisibile». Partir de la premisa de estar frente a un «medio de prueba» en sí y de por sí admisible es extraordinariamente equivocado, que supone un salto lógico que debe ser vivamente explicitado.

Me parece que las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba poseen la virtualidad de una doble naturaleza jurídica. Ante todo, tienen la naturaleza jurídica de normas de competencia que en cuanto reglas técnicas impone a quienes las conduzcan a seguir una determinada disciplina, en respeto de las modalidades de ejercicio del poder atribuido – precisamente– para obtener medios de prueba, independientemente, a su vez, del carácter que se reconozca a estos últimos en términos de prueba preconstituida o prueba que deba formarse en el proceso, ya que en ambos casos el carácter de prueba en todo caso recién se adquirirá con su incorporación y rendición en el proceso y con el contradictorio de las partes.

De este modo, verificada una inobservancia de estas reglas, el ordenamiento jurídico no puede no reaccionar desconociendo el resultado institucional pretendido, que no es otro que la obtención de un medio de prueba. Tal vez en ese sentido es que debiese interpretarse la expresión «indiscriminadamente» utilizada por GALANTINI para sostener la aplicación del régimen de inutilizabilidad a la prueba preconstituida, que como sea debe ser un pasaje dicho con todas sus letras: se trata de una exigencia que viene impuesta por el propio régimen de nulidad que deberá ser aplicado al acto procesal, sea judicial como de parte, que pretenda incorporar un tal medio de prueba al proceso.

A estos efectos, conviene recordar que, desde esta perspectiva, al Derecho le es indiferente las conductas o actos naturales de los sujetos que hayan pretendido inutilmente dar vida al acto jurídico. Basta constatar la desviación del modelo legal, para que no reconozca al vehículo que pretende alcanzar el resultado institucional perseguido. De ahí entonces que una inobservancia de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba no pueda jamás dar lugar a calificar el respectivo medio probatorio como en sí mismo admisible; por el contrario el mismo incurre en una causal de invalidez, sin perjuicio que su régimen particular de ineficacia varíe dependiendo de la ponderación que el ordenamiento jurídico formule dependiendo de la relevancia que el requisito inobservado juegue en el ámbito de las consideraciones axiológicas, sociales y políticas de cada sistema.

Luego, la doble naturaleza de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba se concreta en la expresión «pruebas adquiridas» del art. 191 c.p.p.i., que interpretada en el sentido omnicompreensivo antes aludido, constituye el reconocimiento del carácter de normas de mandato de las primeras. Dicha locución es crucial porque implícitamente reconoce la operatividad de prohibiciones en fase de investigación preliminar, que es la sede natural donde se desenvuelven las actividades conducidas para la búsqueda de la prueba; de modo que a pesar de no formar parte del «proceso», por las relevantes consecuencias que acarrea respecto de éste, el legislador se ve forzado a regular con mayor incisividad esta fase del «procedimiento».

En este sentido, no está demás recordar que –según UBERTIS– en cuanto al régimen general de exclusión de prueba, en lo que respecta al procedimiento de adquisición de prueba, las reglas que prohíben al juez admitir determinados medios y/o fuentes de prueba por considerarlas poco atendibles, se pretende determinar «un método que guíe al juez en su investigación», elevando al rango de disciplina legal aquellas máximas de experiencia que con el curso del tiempo ya se encuentran prácticamente sedimentadas en la conciencia jurídica. Luego, una segunda serie de reglas, esto es, reglas que ordenan efectuar determinadas operaciones a tutela de la genuinidad del elemento de prueba, se apunta a la salvaguardia de derechos bien precisos, cuidando de disponer con antelación el modo en que las mismas deben relacionarse con el interés procesal relativo a la verificabilidad del *thema probandum*. “De este modo, –partiendo de un reconocimiento de diversos valores, tal vez incluso constitucionalmente garantizados (arts. 2, 13, 14, 15, 21 Const.), que pueden venir a colación en el curso del juicio–, el objetivo de la reglamentación probatoria es establecer los criterios de jerarquía entre valores procesales y extraprocesales y las consiguientes modalidades de solución de las eventuales colisiones entre ellos”⁸⁰³.

Ahora bien, podría legítimamente cuestionarse el *por qué* o *para qué* de la incorporación de prohibiciones en este ámbito, si desde la perspectiva de la regla técnica ya se ha sostenido la invalidez del medio de prueba obtenido en actividades de búsquedas «ilegítimas» (con inobservancia de los requisitos procesales establecidos al efecto). A mi modo de ver, esta –si se quiere– «revolucionaria» novedad legislativa tiene por objeto reforzar el efecto disuasivo propio de la regla técnica, luego de que en los hechos se demostrara la enorme incidencia que proyecta una conducta desviada en el despliegue de actividades de búsqueda en términos de injerencia de derechos y libertades fundamentales del ciudadano, tanto del imputado como de terceros potencialmente involucrados. Por ello el legislador ahora sí se preocupa del carácter ilícito del actuar del agente y recurre derechamente a la intimidación a través de una reacción más intensa de aquella que puede ofrecer una regla técnica.

En el ámbito de esta última, la frustración del interés del sujeto al resultar su acto inútil, no constituye una circunstancia añadida por la ley que pueda ser «imputada» a la conducta del sujeto, sino simplemente causada por la conducta misma. Desde esta óptica aparece claramente la función de la incorporación de la regla de mandato, ya que ésta viene a constituir una especial exigencia de intensidad en la medida de la ineficacia atribuida dentro de un régimen de invalidez, donde el parámetro es justamente la violación de aquellos derechos fundamentales que pueden estar involucrados en la ejecución de la actividad propia de la búsqueda de la prueba.

En resumidas cuentas, que la norma de incompetencia se acompañe de una norma prohibitiva conlleva entonces dos características: por una parte, apuntar a que el contenido de los actos o la incompatibilidad de su contenido normativo sea apreciada en su (dis)conformidad con normas superiores; y por otra, que el régimen de ineficacia se intensifique al máximo, sea

⁸⁰³UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, op. cit. (n. 41), p. 126 s.

que el estándar se fije en la inutilizabilidad, o como se hace en España, en la privación total y absoluta de sus efectos, sin posibilidad de sanatoria ni de convalidación.

ii. Interpretación funcional de las «prohibiciones probatorias»

Una segunda línea argumental de la tesis que sostengo obedece a una interpretación funcional de las «prohibiciones probatorias». En efecto, la tesis de CORDERO, se cimienta en la premisa de que el proceso como tal, inicia con el ejercicio de la acción penal. De este modo, la fase de investigación preliminar –por no ser proceso– se encontraba libre de las exigencias del contradictorio, siendo parte únicamente del procedimiento destinado a obtener los antecedentes suficientes para la promoción de la acción penal. En este sentido puede comprenderse que la ejecución de conductas ilícitas fuera del proceso fuese procedimentalmente irrelevante. De hecho, el rechazo de la «prueba ilícita» como categoría autónoma se inicia sobre el antecedente de que la misma constituye un «episodio antijurídico fuera de la esfera procesal»⁸⁰⁴, cuestión que se ha anotado, no podría mantenerse en el actual sistema normativo.

A mayor abundamiento, del resto, CORDERO considera que su premisa (interpretada funcionalmente) obedece a una conceptualización pacífica en la «common law», “que desde siempre había considerado la fase investigativa [...] como una fase ajena al proceso penal, en la cual el indiciado no podía usufructuar de las garantías reconocidas al imputado en el proceso”⁸⁰⁵.

Por el contrario, es en la fase de investigación preliminar donde se entrelaza en toda su extensión el valor del método y de las formas procesales, en cuanto garantías defensivas del indagado, cuya calidad de reo/imputado, aún se desconoce⁸⁰⁶. Precisamente será esta comprobación la que incidirá en el desarrollo de las reglas de exclusión en el ámbito norteamericano, que a partir del *Bill of Rights* señalará expresamente que las garantías constitucionales contenidas en la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución como aplicables a esta fase del procedimiento⁸⁰⁷, y que en parte, también motivó la importante reforma adoptada en Italia a través de Ley N° 517 de 18 de junio de 1955, con la introducción de los arts. 304-*bis*, 304-*ter*, y 304-*quater* en el sentido de anticipar la intervención de la defensa en fase de instrucción formal, respecto de su intervención final *ex art.* 372⁸⁰⁸, que

⁸⁰⁴ CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 147; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 122, nota 353; CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, op. cit. (n. 269), *passim* p. 34 ss.

⁸⁰⁵ SCAPARONE, Metello, “*Le indagini di polizia negli Stati Uniti d’America*”, op. cit. (n.93), p. 283.

⁸⁰⁶ PIERRO, Guido, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, op. cit. (n. 161), p. 13 s., según el cual el progresivo reconocimiento de la paridad probatoria de las partes en cada fase del proceso, constituye un aspecto privilegiado para comprender la génesis de la problemática de la inutilizabilidad de los actos en el sistema vigente, donde la cuestión central dice relación con el método de formación de la prueba y las exigencias de legalidad en la acreditación judicial del hecho.

⁸⁰⁷ SCAPARONE, Metello, “*Le indagini di polizia negli Stati Uniti d’America*”, op. cit. (n.93), p. 283 s.

⁸⁰⁸ CONSO, Giovanni, “*Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*”, op. cit. (n. 550), p. 412. De todos modos es conveniente tener presente que: “la Casación, luego de algunas incertezas y decisiones contradictorias, con la sentencia de las Sesiones Unidas de 17 de mayo de 1958, decretó la inaplicabilidad a la

posteriormente fueron enriquecidos por el Decreto Ley N° 2 de 23 de enero de 1971 y por la Ley de conversión N° 62 de 18 de marzo de 1971⁸⁰⁹.

En efecto, acogiendo esta impostación, “la innovación más relevante de la nueva delega de 1987 [ley n. 81 de 16 de febrero de 1987] y del proyecto preliminar de 1988, tanto respecto del código de 1930 como de la precedente delega de 1974, es representada por la supresión de la fase instructoria, incluso bajo la forma limitada a los actos de instrucción, y por la efectiva distinción de los roles que asumen el MP y el juez (...) sustituyéndose por la fase de investigación preliminar, que desenvuelve una función exclusivamente endoprosesal de carácter investigativo, esto es, dirigida exclusivamente a la búsqueda y aseguramiento de las fuentes de prueba y que por regla no está destinada a la formación de las pruebas relevantes para el juicio”⁸¹⁰, incluyendo en esta última una especial preocupación por el respeto de las garantías fundamentales.

En este sentido, a la luz del c.p.p.i. de 1988, valen las consideraciones expuestas por quienes sostienen la inutilizabilidad de la «prueba ilícita» a propósito del examen del vocablo

instrucción sumaria de las disposiciones contenidas en los arts. 304-*bis*, 304-*ter* y 304-*quater* (...) en el marco de una no grata extensión de los poderes de la defensa en la fase instructoria. La magistratura se ha sentido casi herida en su prestigio por la impostación, algo difusa, según la cual el aumento de las garantías de las partes se considera como una desconfianza hacia el magistrado”, en LEONE, Giovanni, “*Il legislatore e l’interprete*”, en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, 1965, p. 163 s. Dato jurisprudencial de Cass., Sez. Un., 17 mayo 1958, en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 881 y 1255. DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1131, nota 90: “Las intervenciones de la Corte constitucional en la materia, han sido muchísimas, especialmente al declarar constitucionalmente ilegítimas las normas que disciplinaban la instrucción sumaria del MP. El pronunciamiento más importante es, sin duda, aquel que declaró constitucionalmente ilegítimo el art. 392 inciso 1° del código derogado, en la parte referida a la aplicación de las garantías defensivas que «en cuanto aplicables», legitimaba la exclusión, en la instrucción sumaria, precisamente de las garantías defensivas contenidas en los arts. 304-*bis*, 304-*ter* y 304-*quater*, cfr. C. cost., 16 junio 1965, n. 52, en *Giur. cost.*, 1965, p. 700 s. A partir de tal toma de posición de la Corte se dio inicio a una dirección fuertemente innovadora, que progresivamente se extendió a la instrucción formal y a muchos actos de la policía judiciaria”.

⁸⁰⁹LEGISLACIÓN, *Nuove norme in tema di istruzione e di indagini di polizia giudiziaria*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 356-358. DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1131, nota 91: “Las intervenciones legislativas han sido numerosas y no siempre coherentes. El inicio de la tendencia garantista tiene su partida con la l. n. 517 de 18 de junio de 1985, a la cual siguieron otras importantes modificaciones dictadas en la necesidad de adecuar el sistema procesal penal a los principios expresos y garantizados por la constitución, hasta el compás de espera de 1974, en que la ley n. 497 de 14 de octubre de 1974 dio inicio al infeliz «periodo de emergencia». La dirección legislativa garantista solo recomenzó con la ley n. 531 de 12 de agosto de 1982, que instituyó el tribunal del reexamen. Para un encuadramiento histórico del problema, cfr. A. Cristiani, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, p. 9”. Según explica NOBILI, “el sistema de 1930, llamado sistema mixto, se basaba en dos fases, ambas de naturaleza procesal (en el sentido de ser sucesivas al ejercicio de la acción penal): la instrucción y el juicio. El nuevo código, por su parte, acentúa la contraposición de dos fases concebidas en modo diverso. La primera (de investigación preliminar) por sus características, finalidad y efectos – al menos en el diseño general del legislador – no coincide con la vieja fase instructoria (conducida por el MP bajo el nombre de instrucción sumaria o, por el juez instructor, con el nombre de instrucción formal). Ya entonces surgía el problema sobre cuál sería el alcance del principio de defensa en los dos diversos momentos de la instrucción y del juicio, en atención a la peculiar naturaleza que caracteriza tanto a la fase preliminar como su relación con la fase sucesiva”, NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 21.

⁸¹⁰SCAGLIONE, Antonio, “*Le indagini preliminari del pubblico ministero*”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 521 s.

«procedimiento» contenido en el inc. 2° del art. 191. Dicha disposición prescribe que la inutilizabilidad es alegable en cada estado y grado del procedimiento. De este modo, la expresión «procedimiento» en contraposición a «proceso», los conduce a entender que la inutilizabilidad y las reglas de adquisición no sólo se encuentran referidas a la fase de juicio, sino también a la investigación preliminar. Si bien, en los trabajos preliminares del código de 1988 se indicaba que la actividad de la policía judicial y del MP no formaban parte del proceso propiamente tal, en el sentido de tratarse de una fase dirigida exclusivamente a la recolección de las pruebas mínimas necesarias para la formulación de la imputación y, por ende para la promoción de la acción penal, tal afirmación tenía por objeto establecer que la actividad probatoria desarrollada en esta etapa no tenía ninguna relevancia probatoria, en armonía con el principio de que la prueba, por regla, era sólo aquella que se adquiriría ante el juez en el *dibattimento*. Sin embargo, a continuación, y en mérito al respeto del principio fijado en el art. 24 inc. 2° CI, según el cual «la defensa es un derecho inviolable en cada estado y grado del procedimiento», se dio a éste último un significado más amplio, inclusivo de la fase de investigación preliminar⁸¹¹.

En fin, es imperioso completar el cuadro con una última aclaración formulada impecablemente por COMOGLIO, que permite advertir que desde el «common law» el objetivo en materia de exclusión de prueba era justamente la contraria a la sostenida por CORDERO y SCCELLA: se centraba en las pruebas *costituiti* y no *costituende*.

Así COMOGLIO anota que: “el hecho que la configuración técnica de las *rules of exclusion*, en la acepción acogida por la tradición angloamericana para la llamadas *illegally obtained evidence*, presuponga la referencia casi constante a pruebas «reales» preconstituidas (conocidas también como *real evidence*), que deben ser adquiridas como tales en juicio (y por tanto, en el mejor de los casos, de «excluirse» *ex post*, una vez que hayan sido adquiridas no obstante la prohibición), y no ya a las hipótesis de prueba *costituenda*, que deben admitirse y aun formarse o asumirse *in open court*, frente al juez del juicio”, debiese considerarse un antecedente relevante de interpretación⁸¹². En efecto, en dicho sistema “la inadmisibilidad de tales pruebas –como lo sería la confesión ilícitamente obtenida y verbalizada por la policía en el curso de la investigación preliminar– va normalmente opuesta *before trial*, mediante la correspondiente *motion tu suppress the evidence*”⁸¹³. Por lo que, además, tampoco puede perderse de vista el hecho de que en esta fase tanto el MP como la defensa están obligados a

⁸¹¹ PISAPIA, Gian Domenico, “*Primi lineamenti del nuovo processo penale*”, op. cit. (n. 564), p. 718 s. En el mismo sentido no obstante sostener la utilizabilidad de la prueba ilícita: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 22, señala que: “los espacios susceptibles de integrar la inutilizabilidad-sanción son más amplios que aquellos coincidentes con la fase procesal” y p. 218.

⁸¹² Debe tenerse presente que en los sistemas de *common law* existe la fundamental distinción entre *evidence* (elemento o medio de prueba) y *proof* (prueba como resultado) que “hace clara la distinción entre los datos, la información, las circunstancias, los documentos, los enunciados y los conocimientos que pueden ser usados como premisas de la decisión relacionada con los hechos litigiosos, por un lado, y las conclusiones alcanzadas o los resultados generados a través de las inferencias extraídas de los medios de prueba relevantes, por el otro, que dan como resultado enunciados sobre la existencia de los hechos litigiosos y la verdad de esos enunciados”, TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 34.

⁸¹³ COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 135, nota 84.

observar las reglas probatorias (en cuanto «deber»); estando el MP incluso constreñido a solicitar la declaración de inutilizabilidad y a no hacer uso de prueba prohibida, aún cuando dicha declaración sea de competencia exclusiva del juez de la investigación preliminar.

Así las cosas, me parece que una correcta interpretación de aquellas normas que imponen el secuestro del cuerpo del delito, obligando a los encargados de la investigación imperativamente a proceder con el mismo, se debe a que efectivamente no puede desconocerse tal hallazgo en el plano «natural». En efecto, en los hechos se estará por ejemplo frente a una sustancia ilícita que requiere ser expulsada de circulación, pero ello nada tiene que ver con las consecuencias procesales de la diligencia, que –por el contrario– se orientan a fijar su inutilizabilidad en base a la violación de una determinada prohibición.

4. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» y ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de admisión» de prueba en fases anteriores al juicio

a) *Posición doctrinal contraria a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar*

Como he venido adelantando, la originaria expresión relativa a «pruebas admitidas» contenida en el art. 191 y la acepción técnica del mismo, habría comportado que la inutilizabilidad solamente hubiese afectado a las pruebas objeto de una resolución de admisión en sentido estricto, y que por ende, la misma fuese inaplicable respecto de los actos de investigación ejecutados en violación de prohibiciones probatorias, ya que respecto de aquellos actos no sería configurable una «admisión» en sentido técnico⁸¹⁴.

Se trata de una corriente, jurisprudencial y doctrinal, tendencialmente coincidente con aquella que busca rechazar el reconocimiento de la «prueba ilícita» como categoría autónoma y que consecuentemente, también se pronuncia negativamente acerca de la aplicación del régimen de inutilizabilidad a las pruebas preconstituidas⁸¹⁵. Por este motivo el énfasis viene puesto en que sólo puede considerarse «prueba» aquella configurada en el contradictorio de las partes, de modo tal que las normas sobre la prueba contenidas en el Libro Tercero del código sólo serían aplicables a la fase de juicio, dejando la fase de investigación preliminar desprovista de garantías tendientes a asegurar la atendibilidad de la prueba. Si tal premisa fuese verdadera,

⁸¹⁴ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 54.

⁸¹⁵ En efecto, NAPPI indica expresamente que “la tesis de una aplicación limitada al juicio se sostiene en base a la distinción entre actos de investigación y actos de prueba: siendo prueba sólo aquellas formadas en juicio, sólo a ellas serían aplicables los arts. 187 y siguientes”, NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 15. En lo que respecta a la distinción misma, ésta es ampliamente reconocida en: DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1104; PISANI, Mario, “*Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*”, op. cit. (n. 154), p. 197 s. “En efecto, el lenguaje normativo y sistemático utilizado por el legislador del código de 1988 a través de los términos «prueba», «fuente de prueba» y «elemento probatorio» constituye una característica advertida ya desde su fase de elaboración”; FASSONE, Elvio, “*Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*”, en *Questione Giustizia*, 1989, p. 848 ss.

parece poder inferirse que la única ley idónea para prohibir la «adquisición» de un instrumento probatorio es la ley procesal. Por ende, en ausencia de una prohibición de adquisición propiamente tal, resulta irrelevante la comisión de un ilícito penal en la obtención material de la prueba⁸¹⁶.

En otras palabras, teniendo presente que el art. 191 c.p.p. prevé la inutilizabilidad de las «pruebas adquiridas», el mismo se desinteresaría de la suerte de los resultados cognoscitivos *contra legem*, pero formados unilateralmente por la parte acusadora, y destinados a tener una eficacia meramente procedimental, motivo por el cual la inutilizabilidad expresamente conminada en relación a actos de investigación preliminar no estaría sujeta al típico régimen de denuncia delineado en el inc. 2° de la misma disposición⁸¹⁷.

b) *Posición doctrinal favorable a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar*

De cara a la doctrina contraria, la cuestión radica entonces, en “considerar una ulterior hipótesis de extensión operativa de las reglas de exclusión, en este caso más allá de las áreas procesales técnicamente destinadas a la formación de la prueba”⁸¹⁸. El esclarecimiento del asunto pasa por determinar cuál es el ámbito de aplicación de las normas sobre la prueba en modo de arribar a una conclusión que se conjugue armónicamente con cuanto prescrito en el citado inc. 2° del art. 191 c.p.p.i.

Si bien no cabe duda que el estatuto normativo de la prueba se aplique en la fase de juicio y en incidente probatorio, los problemas surgen en relación a la fase de investigación preliminar y de audiencia preliminar. Respecto de esta última, se entiende, más allá de la actividad de integración probatoria que puede desenvolverse en ella. En efecto, “en cuanto respecta a la aplicabilidad de las prohibiciones probatorias a los medios de prueba de asumirse en audiencia preliminar en el curso de la eventual integración probatoria prevista en el art. 422 inc. 1° c.p.p., [...] tratándose de un contexto propiamente procesal, en el cual encuentra puntual aplicación la competencia *ad processum* de orden funcional al juez para la investigación preliminar, no debe ponerse en duda la operatividad de las reglas de exclusión típicas, y ello no tanto en mérito de una implícita extensión de las mismas, sino que porque en su formulación el legislador ha considerado comprender, entre las diversas áreas aplicativas, también este tipo de jurisdicción aunque sea imperfecta, exigiendo que los instrumentos de convencimiento respondan a parámetros normativos. Por tanto, en la audiencia preliminar se deberán aplicar «todas las prohibiciones probatorias, todas las prohibiciones relativas al contenido del medio de prueba y que hacen que este último resulte idóneo para sostener la acusación en juicio»⁸¹⁹.

Ahora bien, en lo que respecta a las áreas conflictivas, una parte de la doctrina ha sostenido que ya la sola colocación de la materia de la «prueba» en el libro tercero del código

⁸¹⁶ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 108 s. y 118.

⁸¹⁷ SCELLA, Andrea, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 211 s.

⁸¹⁸ GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 191.

⁸¹⁹ UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della verità giudiziale*”, en op. cit. (n. 60), p. 33 s.

constituye de por sí un indicio positivo sobre su extensibilidad a todo el procedimiento penal⁸²⁰. Así, en base a este argumento sistemático se sostiene que las normas generales sobre la prueba son aplicables a todo el procedimiento penal, salvo que sean incompatibles (expresa o implícitamente) con la regulación de un acto concreto a ejecutarse en una determinada fase⁸²¹. En esta dirección según TONINI/CONTI, las disposiciones generales sobre la prueba deben considerarse revestidas de fuerza expansiva a todas las fases del procedimiento, incluyendo la fase de investigación preliminar. Por tanto, aun cuando la expresión «prueba adquirida» técnicamente aluda a la introducción (admisión) y formación (asunción o rendición) de la misma, su interpretación armónica con cuanto dispuesto en el inc. 2° del art. 191 c.p.p.i. debe necesariamente hacer concluir que las prohibiciones contenidas en la norma comprenden también a las prohibiciones relativas a la actividad de descubrimiento o hallazgo de la prueba.

A mayor abundamiento, ILLUMINATI, sostiene que: “en el c.p.p. el término «prueba» viene usado frecuentemente en sentido atécnico⁸²², con el significado genérico de resultado cognoscitivo, aplicable también a la fase de investigación. En efecto, el texto del Proyecto preliminar del c.p.p. se hablaba de «pruebas admitidas por el juez», el que fue sustituido, en la versión definitiva del art. 191, por el de «pruebas adquiridas», precisamente con el objeto de comprender los actos de investigación del MP»⁸²³; y en mi óptica por la necesidad de extender

⁸²⁰NOBILI, Massimo, “*Il «diritto delle prove» ed un rinnovato concetto di prova*”, en *Legislazione penale*, 1989, p. 399 s.; PAULESU, Pier Paolo, “*Indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità*”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1992, vol. II, parte II, *passim*, c. 773-776, agrega que, por lo demás, ha sido la propia Relación Ministerial la que ha precisado que la disciplina sobre la prueba es, al menos tendencialmente, destinada a regular la actividad de la fase investigativa y no sólo aquella típicamente procesal (*vid. Relazione ministerial al nuovo c.p.p.*, en *G.U.* 24 de octubre de 1988, *Supplemento*, n. 2, 180); NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 153; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 116 s.; DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’art. 191c.p.p.*”, op. cit. (n. 153), p. 3165; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 179, nota 38: “Por otra parte, existen precisas referencias normativas que sancionan la operatividad de determinadas normas relativas a los medios de prueba, contenidas en el libro III del código, a la investigación preliminar del MP. Cfr., por ejemplo, el art. 361 c.p.p. que reenvía al art. 214 inciso 2° c.p.p., en materia de reconocimientos; el art. 362 c.p.p. que invoca a los arts. 199, 200, 201, 202 y 203 c.p.p. en tema de exoneración de la obligación de testimoniar y el art. 363 c.p.p. que recupera las formas establecidas en el art. 210 inc. 3° y 4° c.p.p. para las modalidades de examen de personas imputadas en un procedimiento conexo”. En este contexto parece útil consultar, a su vez, la interpretación extensiva de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 187 y 190 a la fase preliminar en NOBILI, Massimo, sub *art. 187* y sub *art. 190*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989), vol. II, p. 391 s. y 404 s.

⁸²¹*Vid.* GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 192; TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 116 s.; PAULESU, Pier Paolo, “*Sui limiti di utilizzabilità delle sommarie informazioni*”, en *Giurisprudenza Penale Italiana*, 1991, vol. II, parte II, c. 420 ss.; NOBILI, Massimo, “*Il «diritto delle prove» ed un rinnovato concetto di prova*”, op. cit. (n. 820), p. 399 s.; SIRACUSANO, Delfino, “*Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*”, op. cit. (n. 248), p. 1594; NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 101; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 143 ss.

⁸²² Para un breve y sumario análisis del lenguaje adoptado por el código de 1988, en orden a evidenciar *a priori* algunas incoherencias o variaciones terminológicas de equívoco significado, *vid.* COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 122 ss.

⁸²³ Según UBERTIS, “la tesis que considera aplicables las disposiciones probatorias contenidas en el libro III del código procesal penal a la fase de investigación preliminar, eventualmente en vía analógica y salvo diversa previsión expresa, resulta en plena consonancia con la aspiración legislativa”. UBERTIS, Giulio, “*La ricerca della*

el régimen de inutilizabilidad a las pruebas preconstituidas.

Dicha sustitución, además, se armoniza con la locución «en cada estado y grado del procedimiento» utilizada por el mismo artículo en su inc. 2º, toda vez que el «procedimiento» incluye la fase de investigación preliminar, que por el contrario se entiende excluida cuando la ley habla de «proceso»⁸²⁴.

A mi juicio, una mirada crítica a la posición contraria requiere detenerse en el examen de la audiencia preliminar. La audiencia preliminar constituye una de las novedades más significativas del código de 1988 y su importancia desciende de las funciones a ella atribuidas, siendo esencialmente tres: “la primera se refiere al hecho de constituir un filtro de las imputaciones temerarias; la segunda, el garantizar la actuación del derecho a la prueba; y la tercera alude a su función de hacer posible la elección de los procedimientos diferenciados deflativos del juicio, en particular del procedimiento abreviado”⁸²⁵.

A diferencia del código de 1930 “que dejaba al MP el poder de decidir sobre la realización del juicio, sea en la hipótesis de instrucción sumaria como en caso de juicio directísimo, la *legge-delega* oportunamente previó (en los puntos 37 y 40) que fuese el juez quien decidiera, *sentite le parti*, si debía procederse a la *archiviazione, a giudizio immediato* o, en casos particulares, al cumplimiento de actos de instrucción”. No obstante las modificaciones sucesivas al proyecto, el punto es que la audiencia preliminar fue concebida como “un

verità giudiziale”, en op. cit. (n. 60), p. 33 s., nota 116. En el mismo sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 120; NOBILI, Massimo, “*Il «diritto delle prove» ed un rinnovato concetto di prova*”, op. cit. (n. 820), p.399. Cfr. SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introductivo, op. cit. (n. 24), p. 119, señala que tal modificación en el léxico responden a la exigencia de evidenciar que las disposiciones generales en tema de prueba se encuentran dirigidas, al menos tendencialmente, «a regular la actividad de las fase investigativa y no sólo aquella de decisión», aspecto en mi óptica refleja la pretensión de acompañar el efecto disuasorio propio de una regla técnica, con un efecto intimidatorio inherente al establecimiento de normas de mandato. GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 199, indica que, de todos modos, “un punto controvertido se encuentra representado por la aplicación de las reglas de exclusión a la disciplina de las fuentes de prueba, cuya violación si bien no permite consentir la valoración de los elementos obtenidos a efectos del pronunciamiento del art. 425 c.p.p., no debería impedir la emanación del decreto que dispone el juicio (art. 429 c.p.p.), toda vez que en el juicio podría tener lugar la «complementación» de la prueba en cuanto a su fuente”.

⁸²⁴ILLUMINATI, Giulio, “*L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 525. Igualmente concluyen su extensión a la etapa *predibattimentale*: CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 55; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 178 s.; SCCELLA, Andrea, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 211; SCCELLA, Andrea, “*Brevi osservazioni in tema di accertamenti, rilievi e tutela del diritto di difesa*”, op. cit. (n. 793), p. 278-281; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 144 ss.; FERRUA, Paolo, “*IV La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*”, en *Studi sul processo penale* (1ª edición, Torino, Giappichelli, 1990), p. 80 (alude a la prueba en sentido procesal como todo medio legalmente utilizable para la verificación, para el control de un hecho relevante [aun cuando lo sea en términos de simple probabilidad] a efectos de la formulación de un juicio, razón por la cual incluye aquellas por regla obtenidas fuera del control defensivo) y p. 81 nota 4. Sobre el uso no siempre riguroso de la expresión «proceso» y «procedimiento», vid. NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 31 ss.

⁸²⁵LOZZI, Gilberto, “*L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 1077. Véase también LOZZI, Gilberto, “*Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondante e preoccupazioni inconsistenti*”, en *Legislazione Penale* (Torino, Utet, 1990), p. 639 ss.

obstáculo más allá del cual los resultados de las investigaciones preliminares no podían desplegar su eficacia (salvo el caso de actos irrepetibles, según el punto 67) [...] con una función de mera selección, como instrumento para agilizar y acelerar el proceso”⁸²⁶.

En lo que atiene a su función de evitar imputaciones temerarias, tal función ciertamente no se cumple si se le atribuye un papel meramente selectivo, de carácter precario en lo que respecta a la prueba, dejando la resolución definitiva o la admisión en sentido estricto a cargo del juez del fondo. Como se ha expresado en el capítulo anterior, es en esta instancia donde tiene lugar dos grandes categorías de preclusiones: preclusiones probatorias y de contenido. Las primeras dicen relación con el último momento útil para la solicitud de prueba directa o contraria, es decir, desde una perspectiva de solicitud positiva sobre el ingreso de cierta prueba; las segundas, en cambio, apuntan a una solicitud negativa de ingreso de prueba en orden a su exclusión del contenido del fascículo *dibattimentale*. “Manifestación de tales principios son los arts. 491 en vía explícita, y 523 inc. 6° en forma implícita. La combinación de ambas normas permite sostener que las partes no pueden incidir en el contenido formal del fascículo más allá de determinados términos, cuestión que se analiza dinámicamente en referencia al momento de ingreso efectivo del material en el fascículo. [...] Una vez expirados tales términos, sin que las partes hayan solicitado la expulsión del material del fascículo del juicio, el mismo debe considerarse legítimamente presente, sin perjuicio de la posterior aplicación de la disciplina de su utilizabilidad, que corresponden a un momento y a un plano de análisis diverso”⁸²⁷.

Otro interesante argumento a favor de una declaración temprana de inutilizabilidad, puede conectarse precisamente a otra de las funciones de la audiencia preliminar, a saber, el hacer posible la aplicación de procedimientos diferenciados. Se trata de un argumento que podría denominarse sistemático-sustantivo, que destaca el hecho que los actos de investigación pueden constituir el eventual fundamento de una serie de decisiones relativas al archivo, al reenvío a juicio y a la emanación de resoluciones que inciden gravemente en la limitación de libertades fundamentales, tales como medidas cautelares e interceptaciones. Más aún, tratándose de procedimientos especiales como el *patteggiamento* o el *giudizio abbreviato*, los actos de investigación constituyen la base para la decisión final, por ende, la función de los mismos hace necesaria la aplicación de una disciplina idónea a garantizar los derechos de las partes y la atendibilidad de los métodos de adquisición de la prueba⁸²⁸.

⁸²⁶ PISAPIA, Gian Domenico, “*Primi lineamenti del nuovo processo penale*”, op. cit. (n. 564), p. 719 s.

⁸²⁷ BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, op. cit. (n. 72), p. 384.

⁸²⁸ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 116 s.; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 197 ss.; COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, op. cit. (n.62), p. 144 ss. Especialmente relevantes son sus conclusiones en el ámbito de la actividad desarrollada por el MP y la policía judicial, al señalar que: “al MP (y, en el respectivo ámbito de competencias autónomas, la policía judicial) son aplicables, *sic et in quantum*, algunos principios basales y las prohibiciones generales, sancionadas en los arts. 187-191, y sobre todo las disposiciones relativas a los medios de búsqueda de la prueba (arts. 244-271), en cuanto reguladores de actos no repetibles, que deben ser incluidos directamente en el fascículo del juicio (art. 431) y que pueden ser utilizados directamente en sede decisoria; al mismo MP, cuyos actos típicos (y homólogos) son regulados por normas propias, pueden ser aplicables, hermenéuticamente, aquellas disposiciones sobre los medios de prueba, que si bien no son invocadas en modo expreso, vienen a integrar la disciplina propia de tales actos, gracias a una adecuada coordinación con los

En el mismo sentido, en concepto de ILLUMINATI, del tenor literal del art. 191 c.p.p.i., no resulta posible argüir distinción, ni sostener que el acuerdo entre MP y defensa pueda implicar la renuncia de hacer valer cuestión alguna⁸²⁹, como sanación de toda inutilizabilidad⁸³⁰. De hecho, el efecto directo de la inutilizabilidad, o más bien derechamente el contenido de la sanción, esto es, impedir que prueba inutilizable pueda ser puesta a fundamento de la decisión judicial, no sólo debe entenderse referida a la decisión sobre el mérito de la acusación sino también respecto de toda resolución que se base sobre hechos que deban ser probados a través de la misma, cuestión que a mayor abundamiento justifica la aplicación de la figura en sede de investigación preliminar⁸³¹.

En este sentido, los procedimientos especiales no pueden operar como sanatoria de la inutilizabilidad patológica ni de la inutilizabilidad fisiológica sin acuerdo del acusado o basada en una prohibición inderogable ya que “el consenso expresado por el imputado dice relación con el método, es decir con la renuncia a la construcción de la prueba según ciertos cánones garantistas y sobre su adopción en contradictorio, sin que pueda sostenerse que la misma se extienda a la superación de una regla puesta a tutela de la atendibilidad de la acreditación del hecho”⁸³², o a tutela de intereses indisponibles⁸³³.

principios probatorios fundamentales”, p. 146; NOBILI incluso analiza la cuestión sobre la base del especial carácter “jurisdiccional” que asumiría la fase de investigación preliminar, *vid.* NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 29 a 33. Según GRIFANTINI, la extensión de la inutilizabilidad a la investigación preliminar queda demostrada por una serie de normas que instituyen reglas de uso de los actos destinados a operar en la fase preliminar del procedimiento (por ejemplo, los arts. 64 inc. 2°, 346, 350 inc. 5°, y 407 inc. 3° c.p.p.). De ahí que, por regla, el MP esté obligado a respetar, además de las prohibiciones, también eventualmente las formas previstas para los actos de investigación, GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 246 s., para jurisprudencia constitucional en este sentido, véase nota 23 p. 247.

⁸²⁹ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 537. Sobre la imposibilidad de extender el concepto de sanatoria a la inutilizabilidad, *vid.*: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 61 ss.

⁸³⁰BIANCHI, Giuseppe, “*Prove illegittimamente acquisite e giudizio abbreviato*”, en *La difesa penale*, 1990, p. 43-48; ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 537. En un primer tiempo, la jurisprudencia sostuvo que en caso de procedimiento abreviado, se producía la renuncia del imputado para hacer valer cualquier tipo de inutilizabilidad, pero luego, tal posición se morigeró entendiéndose que ello sólo era posible respecto de la inutilizabilidad fisiológica, sobreviviendo la patológica, precisamente establecida a tutela de intereses irrenunciables de las partes. De reciente, véase esta consolidada posición en SCP. Sec. III, 26 de noviembre de 2014, n. 15828, según la cual “la inobservancia de la obligación de motivación de los decretos autorizantes o de aquellos de prórroga integra una inutilizabilidad de resultado de las interceptaciones de carácter «absoluto» o «patológico», no sanable en virtud de la solicitud de acceso al rito abreviado, en cuanto deriva de la violación de los derechos fundamentales de la persona tutelada por la Constitución”. En doctrina *vid.*: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 181. “En sustancia, si bien es cierto que con la elección de un juicio situado fuera del esquema procedimental ordinario, el imputado ratifica el abandono de la disciplina sobre la inutilizabilidad fisiológica del acto con contenido probatorio proveniente de la fase preliminar, es también cierto que su consenso no se dirige, ni podría dirigirse, a la superación de la inutilizabilidad referida a un vicio intrínseco del acto derivante de la inobservancia de una prohibición probatoria”; SCCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 493; SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 194 s; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 497 ss.

⁸³¹*Vid.*: GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 85.

⁸³²GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 197.

Las consideraciones expuestas encontrarían además, sostén normativo en diversas intervenciones legislativas, sucesivas al código de 1988. En efecto, a juicio de ILLUMINATI, la cuestión antiguamente discutida sobre la aplicación de la inutilizabilidad a esta fase del procedimiento y no sólo aquella referida al juicio, ha sido resuelta por el legislador a partir de la modificación introducida por la Ley N° 63 de 1 de marzo de 2001, que incorpora un nuevo inc. 1-*bis* al art. 273 c.p.p., según la cual, en la valoración de los indicios de culpabilidad a efectos cautelares el juez debe tener en cuenta la inutilizabilidad prevista en las normas sobre interceptación⁸³⁴. De este modo, el juez para la investigación preliminar no puede utilizar a efectos de alcanzar su convencimiento aquellos elementos formados por las partes que sean explícita o implícitamente prohibidos para fines investigativos, o cuya utilización sea prohibida en juicio⁸³⁵.

Si bien, el panorama argumentativo recién anotado conduzca necesariamente a perfilar la posibilidad de reclamar de la inutilizabilidad de elementos cognoscitivos en etapas previas al juicio, la Corte de Casación ha entendido que tal declaración durante la fase de investigación preliminar no impide la utilización de la prueba en fase de juicio ni de audiencia preliminar, estimando que ella no puede vincular al juez del juicio ni al de la audiencia indicada⁸³⁶. Ello explica que desde una mirada comparada se indique que en Italia, en la fase previa al juicio, el juez sólo “pueda ignorar el medio de prueba, pero no expulsarlo del procedimiento”⁸³⁷.

Por último es del caso anotar, que la jurisprudencia –con diversas argumentaciones–, se ha orientado hacia el reconocimiento de la noción de «prueba inconstitucional», afirmando su operatividad incluso en sedes diversas del procedimiento de cognición, constituyendo una suerte de ultra actividad de la sanción más allá de su procedimiento de origen (por ejemplo,

⁸³³ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 497 ss. “Tratándose de inutilizabilidad *patológica de tipo objetivo* debe entenderse excluido un poder dispositivo a favor de las partes. La sanción apunta a expulsar datos incontrolables (por ejemplo, anónimos) partiendo de la base de la ontológica desconfianza de los elementos afectados por la inutilizabilidad patológica. De ahí que en hipótesis de este género parezca razonable limitar el poder dispositivo de las partes. Se trata de una situación bien diversa de la inutilizabilidad fisiológica objetiva. Esta última constituye un límite normativo deseado por el ordenamiento, que ha optado por confinar a la fase de la investigación preliminar la eficacia probatoria de los actos asuntos en modo unilateral, reservando al juicio el método garantizado del contradictorio en la formación de la prueba. Así, en que respecta a ésta última, el consenso de las partes puede constituir un equivalente epistemológico del contradictorio y puede remover tal límite (de todos modos relativo) constituido por la inutilizabilidad en juicio de los actos de investigación. Viceversa, en materia de inutilizabilidad patológica objetiva, el ordenamiento a dispuesto un límite absoluto respecto de cualquier empleo procesal del acto, precisamente debido a la inidoneidad del mismo para proporcionar resultados atendibles”. Ahora bien, en lo que respecta a la inutilizabilidad patológica de tipo subjetivo, la autora estima necesario efectuar una distinción según si la misma se encuentra establecida en tutela de interés disponible o indisponible. Señala que en el primer caso, *de iure condendo*, el consenso del titular debiese permitir operar una sanatoria de la inutilizabilidad, ya que de lo contrario, la inserción de un derecho subjetivo disponible en el contexto procesal, terminaría por transformarlo necesariamente en un interés supraindividual.

⁸³⁴ Vid. a modo ejemplar GRILLO, Piero, “*Utilizzabilità della prova e sua acquisizione dibattimentale con particolare riferimento alle intercettazioni telefoniche*”, en *Archivio della Nuova procedura penale*, 1991, p. 428 s.

⁸³⁵ En el mismo sentido, CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 132 s.

⁸³⁶ ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 528 s.

⁸³⁷ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 133 s.

respecto del juicio por reparación de injusta detención, o en el procedimiento para la aplicación de medidas de prevención).

c) *Debate en el contexto español relativo a la posibilidad de declaración de exclusión de prueba en forma previa al juicio oral*

En virtud de la consagración normativa expresa del art. 11.1 LOPJ, los términos del debate en España se da en términos diametralmente opuesto en este sentido: no se discute el hecho de que las prohibiciones operen en fase de investigación, en el ámbito extraprocésal, en lo que respecta a la «obtención» de las fuentes y/o medios de prueba; sino que –al contrario–, la discusión se centra en reconocer la existencia de prohibiciones puestas en el ámbito intraprocésal propiamente tal, podríamos decir referidas al *quamodo* de la prueba. Mientras este último aspecto será tratado al final de este capítulo; acá se trata de ver en qué términos se pone la cuestión relativa a la posibilidad de hacer efectivas las prohibiciones que operan en sede extraprocésal de cara a obtener un pronunciamiento conclusivo al respecto en fases anteriores al juicio oral.

En sentido positivo se pronuncia MIRANDA ESTRAMPES, señalando que: “Corresponde al juez de garantía o al juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurran otras pruebas lícitas independientes”⁸³⁸. Como se

⁸³⁸MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 138. En jurisprudencia, *vid.*: STS 1044/2011, Sec. 1ª, de 11 de octubre de 2011, ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 3º: “(...)desde la perspectiva constitucional puede concluirse que nada más producirse o ser conocido por el interesado un vicio o vicios esenciales en la adopción o ejecución de una medida de intervención telefónica o cualquier otra limitativa de derechos, pueden y deben plantearse su nulidad y su consecuente e inmediata ineficacia, a través de cualquier recurso viable, y de no existir ninguno, de una directa solicitud de nulidad, cuyo fundamento derivaría: –en haber prescindido total y absolutamente de una norma esencial del procedimiento de adopción y/o ejecución de la medida limitativa– de la producción de indefensión pasada generadora de una ya inevitable indefensión futura y de la conculcación inconstitucional e ilegal del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Conviene aclarar en relación con estos fundamentos y momentos de nulidad, que el art. 11.1 LOPJ debe también considerarse aplicable en el ámbito de la instrucción y que la referencia en el art. 786-2 LECr para el procedimiento abreviado, a que se pueda alegar el vicio del acto del juicio oral la conculcación de derechos fundamentales, no impide que con anterioridad sea posible solicitar la nulidad de actuaciones. Respecto a la vigencia del art. 11.1 LOPJ durante la instrucción hay que declarar errónea por excesiva y doctrinalmente estricta, la teoría que reduce el concepto ámbito de la prueba al juicio oral, en primer lugar, porque una cosa es que a efectos de la definitiva destrucción de la presunción de inocencia sólo se consideran pruebas las practicadas en el juicio oral- regla que, como es sabido, cuenta con notables excepciones- y otra muy distinta que no puedan merecer tal naturaleza las diligencias practicadas durante la instrucción y acreditativas de hechos y circunstancias relevantes para la incoación y el mantenimiento de un procedimiento penal, y en segundo término, porque los datos recabados, durante la instrucción, a través de diligencias de investigación, pero que también acreditan hechos y circunstancias (acumulación de pruebas testificales, periciales, documentales etc.) el instructor “prejuzga” ineludiblemente a los imputados con el método de poder acordar el archivo o sobreseimiento sin necesidad de acudir al juicio oral, o la apertura de éste, y todo ello en función de estas “diligencias de prueba” hasta entonces (todo lo provisional que se quiera, pero conculcadora de derechos

ve estas afirmaciones deben entenderse sustentadas en la aplicación del principio de presunción de inocencia como criterio estructural del proceso penal, mas sin atribuir –como hace el citado autor– la naturaleza jurídica de garantía procesal integrando de este principio como regla de juicio. Es cuanto habíamos puesto de relieve en el capítulo anterior en el sentido que incluso aquella parte de la doctrina que no reconoce su configuración como garantía de inadmisión en términos de regla de inadmisión termina intentando darle una operatividad propia de aquélla.

Como explica MARTÍNEZ GARCÍA, “todo hace pensar en su conveniencia a fin de evitar la introducción en el plenario de una fuente de prueba hallada de forma ilícita. La cuestión no es simple pues, si bien la inadmisión de ese elemento probatorio evita la futura contaminación del órgano decisor, priva de una competencia que corresponde a este último, destinada a convertir este acervo, fruto de la investigación, en prueba de cargo”⁸³⁹. En efecto, estos son los dos grandes argumentos contrapuestos por la doctrina en orden a reconocer la posibilidad de exclusión en fase de instrucción.

En contra de dicha posibilidad se encuentra ARMENTA DEU, quien no obstante compartir los aspectos críticos relativos a la imposición o no de medidas cautelares o imputar a alguien sobre la base de datos obtenidos de manera ilícita, estima que un tratamiento de la cuestión en fase de instrucción para una eventual exclusión de la fuente ilícita evitando así una indeseable contaminación del órgano juzgador, puede conducir a pagar el alto 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”. Agrega que: “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”. A juicio de la citada autora, el tratamiento previo de la ilicitud probatoria que defiende su exclusión inmediata del proceso, aun antes de iniciarse el juicio o encontrándose sólo en la fase investigadora, se opone frontalmente a dos pilares 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”⁸⁴⁰.

fundamentales de la persona imputada en el procedimiento penal, hasta el extremo de poder ser privada de libertad -prisión preventiva- o, al menos, de limitársele otros derechos fundamentales (libertad de movimientos, honor, etc. ...) relevancia y eficacia dimanante de las diligencias de prueba practicadas durante la instrucción; es evidente que el mandato constitucional (art. 9-2) exigente de realidad y eficacia para la vigencia de los derechos fundamentales, invalidará a estos efectos la función de reservar el término y concepto de "prueba" para las diligencias que se practiquen en el juicio oral”, el destacado es nuestro.

⁸³⁹MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 176.

⁸⁴⁰ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 133 s. Cfr. ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios de justicia penal* (1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2014), p. 35 s., quien en el marco del derecho de defensa, identifica como una de sus garantías al *derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa*, “con un contenido básico configurado en tres aspectos: a) derecho a proponer la práctica de medios de prueba; b) derecho a obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o todos los medios de prueba propuestos, y c) derecho a la práctica de la prueba propuesta, salvo su valoración como «prueba ilícita»”. Con ello

En sentido coincidente se muestra GIMENO SENDRA según quien: “la función del Juez de instrucción no consiste en valorar pruebas, ni en expulsar de su investigación las «ilícitas» y todas las que se deriven de ellas, sino en investigar y recabar la prueba del hecho punible y la responsabilidad de su autor (art. 299 LECrim) y, si no existieran indicios racionales de criminalidad, habrá de dictar un auto de sobreseimiento. Lo que ningún precepto de la LECrim le autoriza es a declarar nulidades derivadas de una supuesta prueba ilícita. De ser así, se le otorgaría al Juez de Instrucción un poder omnímodo, que sustraería la legítima competencia del órgano de enjuiciamiento sobre la valoración de la prueba”. Dentro del contexto de artículos cruzados con ASENSIO MELLADO, el citado autor anota que esta supuesta facultad “será un *desideratum* del Prof. Asencio, pero, de *lege lata*, habrá que convenir en que todo lo referente a la valoración de la prueba constituye una competencia del órgano de enjuiciamiento, quien, bien en la comparecencia previa, bien en su sentencia habrá de decidir sobre la exclusión de su ámbito decisorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida, así como de la extensión de sus efectos (arts. 786.2 y 741 LECrim)”⁸⁴¹.

Como se advierte, a esta clase de argumentaciones subyace una inapropiada forma de concebir la fase de valoración en sentido estricto, sustrato de la tesis corderiana que, a su vez, se cimienta en el tratamiento alemán de la figura. En efecto GIMENO SENDRA previene que “la jurisprudencia del TC nunca ha sustentado, con fundamento en el art. 11.1 LOPJ, la doctrina de la «prueba ilícita» o de la «prueba nula», sino la tesis germana (*Beweiswürdigungsverboten*) de la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”. Incluso más, el citado autor estima que el TC no está sometido a la LOPJ, sino a su LO 2/1979, de 3 de octubre, de tal manera que el art. 11.1 LOPJ sólo vincularía a los Juzgados y Tribunales del Poder Judicial. Luego, como demostración de lo correcta de su argumentación, invoca las SSTC 202/2001 y 184/2003 que no confieren al Juez de Instrucción legitimación para declarar la nulidad de pruebas ilícitas, sino que por el contrario retrotraen la causa al momento procesal en que ya ha precluido el plazo para instar la revocación de la instrucción y la práctica de nuevas diligencias. En este sentido, por nuestra parte, es preciso poner de manifiesto que en todo caso la aludida doctrina alemana, a diferencia de lo que sucede en España, reconoce el fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita desde un criterio instrumental, al modo estadounidense, esto es, la finalidad principal de las prohibiciones probatorias se hace consistir en la función de disciplinamiento de las autoridades de persecución, que opera necesariamente en virtud de una ponderación del caso concreto⁸⁴².

parece deducirse un cierto reconocimiento y adhesión a la primera tendencia, excluyendo la fase de instrucción, al menos tratándose de la discusión de exclusión de prueba durante el juicio oral.

⁸⁴¹GIMENO SENDRA, Vicente, “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASENSIO)*”, en *Diario La Ley*, N° 8.027, Sec. Tribuna, La Ley, 20 de febrero de 2013, p. 2. Previamente, GIMENO SENDRA, Vicente, “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)*”, en *Diario La Ley*, N° 8.021, Sec. Tribuna, La Ley, 12 de febrero de 2013, 6 p.

⁸⁴²KAI, Ambos, “*La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán*”, op. cit. (n. 136), p. 26 s.

Con todo, con ocasión de este debate entrecruzado, resultan muy interesantes las diversas posiciones que ambos autores en los casos en que el supuesto de ilicitud de la prueba se enmarca en una conducta eventualmente delictiva. Cuando ASECIO MELLADO argumenta su tesis sobre el reconocimiento de una prohibición de admisión en fase de instrucción, alude a los casos en que el hecho punible hubiera sido conocido mediante una confesión bajo tortura o como consecuencia de una intervención de las comunicaciones efectuada por los particulares e incluso operada por la policía sin autorización judicial, señala que éstas debiesen provocar la expulsión inmediata del material así obtenido con el objeto de no incurrir en fraude a la Constitución y la ley.

En este contexto, GIMENO SENDRA, refractario a una prohibición de tal contenido, explica que más que supuestos de prueba ilícita, se trata de casos constitutivos de delito (arts. 173-176, 197-201, 534-536 CP), de modo tal que no es que el Juez de instrucción deba rechazar dicha «prueba ilícita», sino que debe proceder con el levantamiento de testimonios por la comisión de los referidos delitos y el sobreseimiento de la instrucción, únicamente incoada a causa de delito, pues, si la mera existencia de una denuncia anónima no es suficiente para acordar la limitación de un derecho fundamental, con mayor razón habría que rechazar la iniciación de un proceso penal incoado por la sola comisión de un delito. En caso contrario, a su juicio, se trataría de un retroceso al proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen⁸⁴³.

Como advierte ASECIO MELLADO, la «exclusión de la prueba» en la tesis de GIMENO SENDRA no sería consecuencia de la violación de un derecho fundamental en su obtención, sino de su procedencia delictiva, hubiera o no la acción punible afectado a un derecho de los previstos en los arts. 14 a 29 CE. En contra de tal aproximación, y partiendo de la premisa de que del delito no necesariamente surge una prueba ilícita y el delito no es fuente de la ilicitud, sino la lesión del derecho afectado, ASECIO MELLADO, no aprecia una clara correspondencia entre delito y archivo de las actuaciones (diferenciando, por una parte, el sobreseimiento o la inadmisión de una denuncia o querrela y por otra, el problema de la apreciación de la prueba ilícita cuando se vulneran derechos). Viceversa, se decanta por una no utilización en el proceso de las pruebas derivadas de delitos sólo si las mismas han vulnerado derechos, ya que el actuar delictivo en sí no tendría relevancia a efectos excluyentes de la prueba⁸⁴⁴. En el mismo sentido apuntan DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, que –a propósito de la explicación de la extensión de la competencia funcional del órgano jurisdiccional en materia de prueba ilícita–, para conocer de la posible lesión de un derecho fundamental [sustancial] en unos supuestos en los que normalmente le estaría vedado⁸⁴⁵, se preguntan si puede el Juez o Tribunal pronunciarse

⁸⁴³GIMENO SENDRA, Vicente, “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)*”, en *Diario La Ley*, N° 8.021, Sección Tribuna, La Ley, 12 de febrero de 2013, p. 4.

⁸⁴⁴ASECIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, en *Diario La Ley*, N°8.009, Sección Doctrina, La Ley, 25 de enero de 2013, p. 7.

⁸⁴⁵Recordemos que tanto ASECIO MELLADO como DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, postulan que la infracción de libertades o derechos fundamentales contenida en el supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ se refiere única o principalmente, a los derechos de carácter sustancial. En este contexto, DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN

acerca de si hubo detención ilegal por parte de la policía en un proceso cuyo objeto es determinar si el acusado se dedica al tráfico de drogas. Explican que de no ser por el art. 11.1, ese juicio debería hacerse en un proceso distinto, siendo ésta la opinión del TC hasta la sentencia 114/1984 y las AATC 173/1984 y 289/1984. En efecto, el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento español y su necesidad prioritaria de protección obliga a un pronunciamiento incidental. Luego, el pronunciamiento del Juez o Tribunal determinando si hubo lesión del derecho fundamental del imputado o acusado es *incidenter tantum*, por lo que no vincularía en procesos posteriores, ni siquiera en los de naturaleza administrativa sancionatoria. Entre otras cosas porque sólo debe atender al plano constitucional, sin que importe para nada si la conducta es constitutiva de un ilícito civil, penal o administrativo. “La garantía constitucional contenida en el art. 11.1 se convierte en un mecanismo necesario de protección de los derechos fundamentales, al modo de los previstos en el art. 53 CE, que surte eficacia intraprocesal, sin necesidad de provocar un nuevo proceso que tenga por objeto exclusivo determinar si hubo lesión del derecho fundamental, art. 53.2 CE⁸⁴⁶.”

MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 151, nota 155, especifica que: “No siempre el órgano jurisdiccional sería incompetente para dilucidar si hubo menoscabo de un derecho fundamental, ya que si es el juez el que ordenó la entrada o registro, o la práctica de una rectoscopia, esos autos, en cuanto que actos procesales, son recurribles, tratándose de un supuesto de competencia funcional. Lo mismo cabe decir cuando la actuación procesal supone la presencia de un derecho fundamental procesal. Pero cuando se trata de una actuación de la policía, del Ministerio Público o un particular, actuaciones extraprocesales, el art. 11.1 amplía el contenido del art. 9 de la LECr. En el transe de la admisión de las diligencias de investigación, de los medios de prueba o de la valoración de ésta se obliga al Juez o Tribunal a ponderar si existió lesión de un derecho fundamental. Está claro que no es una cuestión prejudicial jurídica, porque para dilucidar si se produjo la comisión de un delito no es un antecedente lógico la determinación de si la policía entró indebidamente en el domicilio del imputado. Pero tampoco debe entenderse como una prejudicialidad impuesta por la voluntad del legislador, como pueden ser los presupuestos procesales. Es una exigencia derivada de la propia naturaleza de los derechos fundamentales”. Otorga las siguientes referencias bibliográficas: acerca del sentido positivo y negativo de la prejudicialidad, Marin Pageo, E., “*La prejudicialidad civil en el proceso civil declarativo*”, en *Revista I. de Derecho Procesal*, 1989; para la distinción entre prejudicialidad cronológica, lógica y jurídica, Menestrina, F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Giuffré, 1963; la diferencia entre cuestiones prejudiciales y previas, Senés Mottilla, C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 9 ss.; en cuanto a la relación entre prejudicialidad e incidentalidad, en lo relativo a la distinción entre «punto», «cuestión» y «causa prejudicial», Gómez Orbejana, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, vol. I, p. 137.

⁸⁴⁶DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 152, nota 156: “La lesión que origina la ilicitud probatoria puede ser de un derecho fundamental sustantivo o procesal. Si se trata de un derecho fundamental procesal, la garantía no supone una verdadera novedad para proteger ese derecho: el propio proceso en marcha es el mecanismo para dilucidar esa lesión. Las cosas cambian cuando nos enfrentamos a la lesión de un derecho fundamental sustantivo, sin importar si la lesión la provoca el mismo órgano jurisdiccional o no, es decir, con independencia de si es procesal o extraprocesal. En todos estos supuestos la protección del derecho fundamental sustantivo tendría que hacerse a través de otro proceso, dentro del correspondiente orden jurisdiccional. El proceso en marcha, las distintas instancias y recursos, no sería en principio el cauce para plantear la posible lesión de un derecho fundamental sustantivo en resoluciones interlocutorias o extraprocesalmente, salvo que se trate de la lesión de un derecho fundamental sustantivo originada por el propio órgano jurisdiccional en la resolución definitiva. Pero en estos casos se arbitra un nuevo mecanismo de protección que sólo sirve para dilucidar si hubo lesión del derecho fundamental, sin que ello suponga ingerir ningún otro tipo de responsabilidad, civil penal o administrativa. Algo parecido a lo que sucede en el proceso de *habeas corpus*, artículos 8 y 9 LO 6/1984, sólo que en este caso el amparo del derecho consiste en la exclusión de la fuente de prueba”.

La prueba más evidente es que también quien no es titular del derecho fundamental sustantivo lesionado puede obligar al TC a pronunciarse sobre ese quebranto, STC 239/1999⁸⁴⁷.

Siguiendo con la posibilidad de exclusión en fase previa al juicio, en una posición intermedia se hallan quienes están dispuestos a que se reconozca la opción de exclusión de prueba en fase de instrucción, siempre que la ilicitud denunciada resulte patente y manifiesta. En este sentido, se señala que, por regla, dicho análisis no puede tener lugar en esta fase debido a que el mismo tiene por objeto la categoría de prueba, no pudiendo recaer en medios de prueba presuntamente ilícitos que no han adquirido tal calidad, excediéndose con ello además, en la competencia objetiva del juez instructor. Luego, a pesar de todo, el autor reconoce que “sería absurdo que el instructor estuviera obligado a ordenar o a proseguir la instrucción, aun con la certeza de la ilicitud total o parcial de la misma, y esperar hasta la fase de juicio oral, o a la sentencia, para que el Juez o Tribunal sentenciador repare la manifiesta infracción de los derechos fundamentales”, por lo que concluye estimando que una manifiesta vulneración de derechos fundamentales debiera autorizar al juez instructor a rechazar la práctica de ese determinado medio de investigación sumarial o, en caso de que ya hayan sido practicados, a decretar su nulidad de oficio o a petición de parte⁸⁴⁸. Dentro de esta postura intermedia parece enmarcarse el TS, aunque estableciendo otro tipo de factor habilitante para la intervención del juez de instrucción, ya no relativo a la sola vulneración patente o manifiesta, sino además grave⁸⁴⁹.

Una tercera posición, en cambio, adhiere a la posibilidad de exclusión de prueba durante esta fase del proceso, en modo inmediato, tan pronto como sea conocida, con el objeto de proceder a la declaración formal de nulidad y a la expulsión física de los actos obtenidos directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales. Así, MARTÍNEZ GARCÍA estima que “la envergadura de esta posible violación y el derecho al proceso justo nos hace pensar que ya en sede de instrucción debe ser controlable la ilicitud de este material, todavía no convertido en medio de prueba. Parece conveniente, por tanto, el control de esta fuente de prueba tan pronto como sea patente esa ilicitud, hasta el momento de concluir el sumario [al momento de dictar el auto de procesamiento] o incluso al resolver sobre las medidas cautelares, pues de otra forma no tiene sentido esperar hasta el juicio oral, cuando pudiera ésta ser la única prueba de cargo. Además, el peligro aumenta si observamos que a partir de esta ilicitud pueden obtenerse otras diligencias investigadoras y fuentes de prueba que, aún siendo lícitas, devengan inútiles por la eficacia refleja del art. 11.1 LOPJ”⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 151 s.

⁸⁴⁸ En este sentido, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*”, en *La Ley*, N° 4549, 27 mayo 1998, D-149, p. 1590.

⁸⁴⁹ STS 24 de junio 1993 (R.Ar. 5364), f. j. 1°, mostrándose flexible a un análisis que dependa de las circunstancias, ejemplifica dentro de ellas con una declaración prestada bajo tortura, que por su gravedad, habilita al juez para declarar su nulidad y separar dicha actividad del preproceso.

⁸⁵⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 171 s. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 146 ss.,

MIRANDA ESTRAMPES, además, suma a esta serie de argumentos el rol del Ministerio Fiscal en el control de la ilicitud de las diligencias de investigación, puesto que constitucionalmente el art. 124 CE le atribuye la misión de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas impidiendo que la injerencia en los mismos sea arbitraria y desajustada en todo momento a las previsiones constitucionales⁸⁵¹. En este punto, es relevante destacar la existencia de un argumento de carácter sustantivo que, –tal como ocurre en la doctrina italiana– se construye sobre la base de advertir la posibilidad de que medidas cautelares e incluso privativas de la libertad del imputado puedan ser resueltas tomando en consideración elementos obtenidos en modo manifiestamente ilícito⁸⁵², sin perjuicio que luego se discuta el carácter preclusivo o no que puede tener una declaración de ilicitud probatoria en esta fase⁸⁵³.

5. Efectivo ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de asunción» de prueba y su superposición con hipótesis de nulidad

a) *Extremos del debate en el contexto italiano: «pruebas adquiridas»*

sin perjuicio de reconocer que el mecanismo de control en esta fase dentro del actual ordenamiento español se enfrenta al obstáculo constituido por la falta de imparcialidad del juez instructor, toda vez que deberá resolver sobre la ilicitud de una diligencia cuya práctica fue acordada por él mismo, en caso que se trate de diligencias de su propia iniciativa.

⁸⁵¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 149 s. Cita en apoyo de su visión la Circular N° 1/1998 de la F.G.E., sobre *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales*, donde se insta a los miembros del Ministerio Fiscal para combatir, incluso en la propia fase de instrucción, los supuestos de conculcación injustificada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin que el hecho de que el incidente lo promueva de oficio el juez obste a que la instancia sea presentada por el Fiscal. En este punto conviene agregar las Circulares N° 1/1999, de 19 de diciembre y N° 1/2013, de 11 de enero, ambas del F.G.E. citadas en ASENCIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), que instan a los fiscales a solicitar la ilicitud en fase de instrucción.

⁸⁵² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 147; CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 207. Sin embargo, a diferencia de cuanto sucede en Italia con los procedimientos especiales, en España los casos de conformidad del acusado, no sólo no prevén ningún mecanismo de control de la existencia de prueba ilícita, sino que además, su detección no facultaría al condenado para recurrir la sentencia, extremos ambos que según CAMPANER MUÑOZ debiesen ser invertidos “de modo que el Tribunal pudiera efectuar un juicio sobre ilicitud probatoria con carácter previo a la aceptación de la conformidad y de modo también que el condenado pudiera, por ilicitud probatoria, recurrir la sentencia dictada, a pesar de su previa conformidad”, CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 225 ss. y conclusión 25ª de p. 239.

⁸⁵³ STS 24 de junio 1993 (R.Ar. 5364), f. j. 1º, donde reconoce que la cuestión de la preclusividad también es un tema no pacífico. En doctrina por la no preclusividad, *vid.* DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 146 s., quien –en atención a la inexistencia de un incidente específico que consienta una declaración de ilicitud en fase de instrucción– concibe que la cuestión sobre la ilicitud de un medio de prueba deba considerarse sólo como un tema a investigar que luego, debe ser tenido en cuenta por el juez de instrucción a la hora de adoptar alguna resolución, tales como la decisión de medidas cautelares o de procesamiento, sin que en todo caso pueda plasmar un criterio definitivo en orden a zanjar el debate sobre la ilicitud de un medio probatorio.

Los términos del debate nuevamente se mueven en torno a la interpretación del tenor literal del art. 191 c.p.p.i, según el cual son inutilizables las pruebas «adquiridas» en violación de prohibiciones establecidas por la «ley». La redacción original del art. 191 c.p.p.i., en el proyecto preliminar, señalaba que: «las pruebas admitidas por el juez en violación de las prohibiciones establecidas por la ley no podían ser utilizadas», agregando en su inc. 2º que la inutilizabilidad era declarable de oficio en cada estado y grado del procedimiento. En este contexto, “el concepto de «admisión» se relacionaba en modo más inmediato con la peculiar naturaleza del vicio de nuevo cuño. La admisión no evocaba la formación de la prueba sino que, más en su raíz, al ingreso procesal de la misma. En tal modo era clara la función de la inutilizabilidad, que por su construcción lógica opera *ad excludendum*, y por ende no concernía a las modalidades de formación de la prueba. Estas últimas vienen a colación con respecto a una prueba abstractamente admisible, y por ende, no prohibida, cuya violación es terreno de la sanción de nulidad”⁸⁵⁴.

En efecto, el primer intento por explicitar la figura de la inutilizabilidad se remonta a la Comisión ministerial para la reforma del código procesal penal de 1962 presidida por Francesco Carnelutti, en la versión final del art. 65 inc. 2º del proyecto relativo a la irrelevancia procesal de la prueba inválidamente asunta, se establecía que: «Cuando una prueba es formulada mediante actos prohibidos por la ley, el juez no puede tenerla en cuenta». La norma se encontraba contenida en el título IV del libro I, dentro de las primeras disposiciones destinadas a regular la prueba, de lo que se deduce cuánto fuese advertida la exigencia de garantizar un efectivo respeto de las reglas dictadas en tema de adquisición probatoria. Por esta vía se lograba afirmar expresamente que del horizonte decisorio del juez debían ser excluidas las pruebas admisibles, pero asumidas a través de un acto *contra legem*. Se debe considerar que idéntica suerte era reservada a los actos adquisitivos de pruebas inadmisibles, toda vez que a mayor razón, las operaciones dirigidas a conseguir una prueba que no podía ser admitida constituían un ejemplo de actividad prohibida por la ley.

Sin embargo, dada la ambigüedad de la norma, por una parte resultaba arduo establecer si por «actos prohibidos», debía comprenderse únicamente aquellos sancionados a pena de nulidad o no; y por otra, tampoco quedaba establecido cuál sería el régimen jurídico al que quedaría sometido el vicio. La evolución de la figura se ve complementada con el art. 182 del Proyecto de 1978, que consagraba la regla de inutilizabilidad, a efectos decisorios, de las pruebas «ilegítimamente adquiridas» y dictaba una disciplina diferenciada según la hipótesis de inutilizabilidad: a las pruebas no previstas por la ley o adquiridas en violación de una específica prohibición legislativa se contraponían las pruebas asumidas sin la observancia de las formas prescritas.

En el primer caso, tratándose de pruebas no previstas por la ley, la sanción de inutilizabilidad tenía aplicación independientemente de la previsión de nulidad del acto probatorio, lo que obedecía –en todo caso– a una consecuencia indefectible del reconocimiento del principio de taxatividad de los medios de prueba. Luego, en cuanto a las pruebas adquiridas

⁸⁵⁴ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 53.

en violación de prohibiciones específicas, la sanción obedecía a la necesidad de que la transgresión de las reglas de admisión de la prueba no quedara supeditada a la posibilidad de sanatoria. En cuanto a la inobservancia de las reglas referidas al *quamodo*, el art. 182 inc. 2º indicaba que tales pruebas no podían ser utilizadas siempre que su observancia hubiese estado prescrita a pena de nulidad y salvo que la misma no hubiese sido sanada. En otras palabras, se consagraban dos figuras de invalidez: la inutilizabilidad en el art. 182 inc. 1º, y la nulidad en el inc. 2º de la misma disposición⁸⁵⁵.

Si bien, “el c.p.p. de 1988, como opción metodológica, se propuso instituir dos regímenes separados: la inutilizabilidad referida a la prueba prohibida y la nulidad respecto de la violación de las formas prescritas”⁸⁵⁶, la cuestión surge a propósito de las reglas de asunción. Mientras el código de 1930 sancionaba con tendencial simetría –e igual diseño parecía pretender el Proyecto de 1988– la inutilizabilidad de las pruebas inválidas en el *an* [en cuanto prohibición de ingreso de la prueba en el proceso] y la nulidad de las pruebas inválidas en el *quamodo*⁸⁵⁷; el código de 1988 somete a inutilizabilidad la violación de toda regla referida a la fase de adquisición probatoria⁸⁵⁸.

- i. Posición doctrinal contraria al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba

⁸⁵⁵SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 102 ss.

⁸⁵⁶ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 531. De todos modos, “el cuadro sancionatorio en materia probatoria debería de todos modos completarse con la inexistencia y la mera irregularidad”. GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 180, nota 40. Para la primera se remite a F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, p. 443 y 449; CORDERO, Franco, “*Il procedimento probatorio*”, op. cit. (n. 188), p. 54; y por la segunda a G. Ubertis, *sub. Art. 124*, en AAVV., *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, dirección de E. Amodio-O. Dominioni, Milano, II, 1989, p. 71.

⁸⁵⁷Decimos tendencial simetría y no «perfecta simetría», ya que bajo el código de 1930 tal impostación lógica no siempre fue seguida por el legislador, dando lugar a críticas, *vid. LOZZI, Gilberto, “Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, op. cit. (n. 153), p. 444 s. y notas 7, 8 y 9.

⁸⁵⁸LOZZI, Gilberto, “*Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, op. cit. (n. 153), p. 444 s.: “En base a una impostación rigurosamente lógica, debería sostenerse que si la invalidez se refiere al *an*, la prueba resultará necesariamente y en todo caso ineficaz, no pudiendo jamás ser valorada por el juez; si, en cambio, la invalidez concierne el *quamodo*, la prueba será eficaz y deberá ser valorada siempre que no sea prevista la nulidad o que ésta haya sido sanada” [...] “la prueba inadmisibile debería ser una prueba ineficaz y destinada a serlo en atención a elementares exigencias lógicas que, impedirían sea su sanatoria como su renovación, en cuanto ambas presuponen la admisibilidad de una actividad adquisitiva de la prueba. La previsión de nulidad para la prueba inválida en el *an* constituiría, por tanto, una «nota disonante», puesto que la prueba nula (desde el momento en que las hipótesis calificadas como «nulidad» por el legislador son consideradas siempre sujetas al «tratamiento que el legislador establece para tal término»), resultarían susceptibles de sanatoria y renovación”; GALANTINI, Novella, “*Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*”, op. cit. (n. 155), p. 182, nota 53: “Esta originaria simetría (admisión-inutilizabilidad; asunción-nulidad) estaba inspirada, como se deduce de la *Relazione prog. prel.*, [...], por la formulación del art. 191 inc. 1º c.p.p. que en el proyecto preliminar se refería a la ilegitimidad de la prueba consecuente a su admisión en violación de prohibiciones establecidas por la ley”. Sobre tal simetría originaria y las modificaciones introducidas al art. 191, también SCELLA, Andrea, *L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 206 s.

Los antecedentes del instituto han dado lugar a que algunos autores, entre ellos SCELLA consideren que la calificación de prohibición probatoria debiese entenderse reservada únicamente a las normas que tengan por objeto la selección de las posibles fuentes de convencimiento del juez, esto es, la individuación de los medios de prueba a través de los cuales es posible construir legítimamente la decisión sobre el tema histórico, por lo que no existe motivo de preguntarse si deban considerarse inutilizables *ex art. 191 inc. 1 c.p.p.*, también las pruebas no prohibidas, pero adquiridas violando una disposición relativa a la modalidad de asunción. En definitiva, se entiende que que la expresión «pruebas adquiridas» contenida en la citada disposición tendría únicamente por objeto esclarecer que el MP, a la par del juez, no puede fundar sus propios actos sobre la base de resultados cognoscitivos emanados de pruebas prohibidas por la ley⁸⁵⁹. En cierto sentido, se trata de una continuación de las ideas expuestas de CORDERO, en orden a excluir de la llamada prueba prohibida las reglas relativas a la asunción de la prueba.

PISANI, por su parte, analizando las novedades contenidas en el Proyecto del nuevo código procesal penal de 1988 señala que es importante destacar que “en la elaboración del texto se discutió la idea de evitar el recurso a la categoría general de la inutilizabilidad, para limitarse a hablar de inadmisibilidad, como término largamente usado. Sin embargo, la idea fue descartada basándose en el hecho que, las situaciones que se pretendían sancionar, no obedecían tanto a un vicio del acto, en cierto sentido equiparable a la nulidad, sino que se apuntaba a la oportunidad de activar una prohibición que impidiera al juez tomar en consideración resultados probatorios heterodoxos al acto: una prohibición cuya inobservancia se tradujese en un vicio de motivación de la sentencia⁸⁶⁰”.

- ii. Posición doctrinal favorable al reconocimiento de «prohibiciones de asunción» de prueba

En contra de tal aproximación, la doctrina mayoritaria⁸⁶¹ entiende que la sanción de *inutilizzabilità* contemplada en el art. 191 c.p.p.i. representa una intervención legislativa tendiente a delimitar tanto los instrumentos gnoseológicos utilizables por el juez como el propio *modus procedendi* de la actividad cognositiva judicial (esto es, comprensiva de la disciplina relativa al método de asunción de la prueba). En este sentido, las normas de adquisición probatoria inciden tanto en el *an* como en el *quamodo* del fenómeno probatorio, y

⁸⁵⁹ SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, op. cit. (n. 14), p. 488; SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 166 s.

⁸⁶⁰ PISANI, Mario, “*Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*”, op. cit. (n. 154), p. 203.

⁸⁶¹ CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, op. cit. (n. 28), p. 1794 ss.; DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1106 ss.; NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, op. cit. (n. 148), p. 152 s.; ID., sub *art. 191*, en *Commento al nuovo codice di procedura penale*, op. cit. (n. 257), p. 414; PIERRO, Guido, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali*, op. cit. (n. 161), p. 147 s.

en consecuencia pueden distinguirse reglas de admisión probatoria y reglas de asunción probatoria, cuya infracción da lugar a prueba prohibida.

Entre los partidarios de dicha interpretación se encuentra NOBILI, para quien, en atención a la *expressis verbis* intencionalmente modificada en la Relación del Proyecto preliminar del c.p.p., el sostener que el término «adquisición» deba contraponerse con el de «admisión», conduciría a concluir, en modo del todo irracional, que restarían fuera del ámbito de aplicación del art. 191.1 precisamente las hipótesis de prueba admitidas *contra legem*. De este modo, la norma debiese interpretarse en sentido extensivo tanto a las prohibiciones inherentes a la fase de admisión como a la fase de formación/adquisición de la prueba⁸⁶².

Para comprender el diverso matiz que implica una y otra posición resulta muy esclarecedor su aplicación en materia de utilizabilidad de la confesión del imputado. Como explica LUPÀRIA, “adoptando la teoría que limita la esfera operativa de la inutilizabilidad a la inobservancia de las reglas de admisión en sentido estricto, y no a aquellas de asunción probatoria, se estaría en presencia de un vacío normativo, colmable sólo con el recurso indiscriminado a la categoría de la inexistencia⁸⁶³ o con el inaceptable artificio lógico-temporal de considerar las reglas sobre el *quomodo* de formación de la prueba como reglas de admisión. Esta última opinión tendría cierto valor sólo respecto de la hipótesis en que se tratase de una solicitud de las partes de introducir en la escena procesal una modalidad probatoria ontológicamente irrespetuosa de la libertad moral del imputado (como sería el caso del narcoanálisis), pero se demuestra inconsistente de frente a una prueba abstractamente admisible pero obtenida a través de dinámicas concretamente operadas con modalidades lesivas de derechos fundamentales (...) Por ende, la individualización de prohibiciones probatorias en materia de confesión deberá estar guiada por una óptica expansiva, justificada por el carácter intrínsecamente perjudicial del instituto, el cual se configura como elemento probatorio susceptible de ser apreciado por el juez sólo en presencia de un *iter* adquisitivo que garantice la atendibilidad de las declaraciones y, sobre todo, el respeto del derecho natural del imputado a no declararse culpable”⁸⁶⁴. Como se advierte, esta reflexión también incide en la interpretación que se haga sobre el momento procesal en que debe operar la prohibición probatoria, ya que en

⁸⁶²NOBILI, Massimo, sub *art. 191*, op. cit. (n. 257), p. 412 y nota n. 17.

⁸⁶³En este sentido, *vid.* CORDERO, Franco, “*Prove illecite*”, op. cit. (n. 160), p. 169; SCCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio* introductivo, op. cit. (n. 24), p. 150 ss. “En efecto, es plausible sostener que la prohibición de valerse de una declaración, sea de confesión o testimonial, efectuada bajo coacción se explique sobre la base de que símiles declaraciones son jurídicamente inexistentes, no siendo siquiera posible advertir «aquel núcleo mínimo del tipo, en ausencia del cual faltan las premisas para una valoración normativa»”. Según SCCELLA, fuera de las hipótesis de inutilizabilidad autónoma expresa, “debe excluirse que la violación de reglas inherentes al *quomodo* de la prueba puedan dar lugar a fenómenos de inutilizabilidad”. De todos modos tales pruebas pueden no ser tenidas en cuenta: “basta recordar que definir un acto de adquisición probatorio como inválido significa esencialmente afirmar «la existencia de un deber de renovación del acto viciado y, donde ello no sea posible, de ignorar las ilaciones que podrán inferirse de él en el cuadro dialéctico del pronunciamiento de mérito». Como corolario de lo anterior sigue que no tiene nada de equivocado afirmar «que también el acto nulo – si la nulidad es insanable o que por cualquier motivo no ha sido sanada... – es ‘inutilizable’»; a condición, sin embargo, que se advierta que se está hablando en absoluto de la inutilizabilidad técnicamente entendida” p. 163.

⁸⁶⁴LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, op. cit. (n. 41), p. 184 s. y 187.

este caso la modalidad de formación de la prueba habrá tenido lugar necesariamente en la fase preliminar de investigación⁸⁶⁵.

Como explica GALANTINI, “la originaria simetría –construida en el Proyecto preliminar (art. 191)– entre prueba inválidamente admitida, reconducible a la previsión del art. 191 c.p.p. y prueba inválidamente asunta, sometida al régimen de la nulidad (arts. 177 y ss. c.p.p.), sufrió ciertas correcciones que, si bien no incidieron sustancialmente en la opción de adoptar en vía ordinaria la sanción menos grave para los vicios relativos al *modus procedendi*, inducen a reconocer la existencia de prohibiciones probatorias en fase de asunción del procedimiento probatorio”⁸⁶⁶.

En todo caso, según esta autora, en términos generales, “salvo la individualización de ciertas prohibiciones probatorias relativas a la modalidad ejecutiva del acto, sea que se sancionen expresa o indirectamente con la inutilizabilidad, los vicios relativos a la fase de asunción deben ser reconducidos a la nulidad, sea porque se le invoque explícitamente, sea que la misma sea recabable de disposiciones generales (arts. 177 y ss. c.p.p.). En ausencia de una previsión expresa y no pudiéndose verificar la subsistencia de una prohibición probatoria a la que debiese corresponder la inutilizabilidad, la imperfección del acto, en cambio, debe concretamente traducirse en una mera irregularidad (art. 124, inc. 1º c.p.p.)”⁸⁶⁷. En similares términos se pronuncia CONTI, para quien “es necesario mantenerse fiel a la distinción «clásica», que reconduce dentro de la órbita de la inutilizabilidad exclusivamente la violación de prohibiciones probatorias inherentes al *an*, reservando a la nulidad las violaciones del *quamodo* (...) sin perjuicio de reconocer situaciones excepcionales, en relación a las cuales el intérprete tiene la carga de motivar la necesidad de aplicar la sanción de inutilizabilidad, desatendiendo la

⁸⁶⁵GABRIELLI, Chiara, “*La partecipazione dell’esperto all’audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, fasc. 1, nota sentencia Casación Penal, Sec. IV, de 12 de marzo 2013, p. 384, a juicio de la autora, la razón de base que mueve a la Corte a tal conclusión, radica en el hecho de “adherir, en modo implícito, a una perspectiva restrictiva, que entiende el participio «acquisite» como «ammesse» y no como «obtenidas», colocando fuera del horizonte del art. 191 c.p.p. la hipótesis de una actividad instructoria consentida en el *an* que se realice sin la observancia de las formas y de las modalidades establecidas por la ley, tal como precisamente ocurriría en el caso que los inquirientes procediesen a la audición de un menor sin la participación del experto”, salvo que la inobservancia del *quamodo* se encuentre expresamente prevista como prohibición.

⁸⁶⁶GALANTINI, Novella, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 9), p. 51. A juicio de la autora, en efecto, el art. 526 c.p.p.i. se comporta como una norma de síntesis y como un instrumento de conexión entre la inutilizabilidad patológica y fisiológica, poseyendo una doble naturaleza: “como inutilizabilidad especial establecida para las reglas de adquisición en fase de juicio y como prohibición probatoria funcional a la disciplina de las relaciones entre fase procedimental y procesal”, p. 109 s. Por su parte, según SCELLA, el análisis semántico del tenor del art. 191 c.p.p.i. en relación al art. 526 c.p.p.i. permite concluir que “mientras en la investigación preliminar la inutilizabilidad desciende sólo del art. 191 en cuanto respecta únicamente a la inobservancia de prohibiciones relativas al *an* de la prueba, al interno de la fase de juicio y de incidente probatorio –gracias al ulterior aporte del art. 526 c.p.p.– también las violaciones inherentes al procedimiento adquisitivo son afectadas por la sanción en examen”, SCELLA, Andrea, *L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 209 ss.

⁸⁶⁷GALANTINI, Novella, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 9), p. 53. En el mismo sentido, FERRUA, Paolo, “*La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*”, op. cit. (n. 275), p. 788.

distinción de base, en virtud de la gravedad representada por la afectación del resultado del experimento probatorio o por la lesión irreparable de un derecho inviolable”⁸⁶⁸.

iii. Soluciones interpretativas en caso de sobreposición de sanciones

Ahora bien, no obstante la pretensión legislativa, de todos modos se han mantenido aspectos en que ambas sanciones se sobreponen. Por una parte, la nulidad no sólo se prevé para la inobservancia de las formas de los actos, sino que como remedio para cualquier tipo de violación; y, por otra, la inutilizabilidad no se limita a comprender las prohibiciones de admisión de prueba, sino que también la prueba adquirida o asunta en violación de prohibiciones⁸⁶⁹.

Como consecuencia de ello, puede ocurrir que en determinados casos concurren ambas sanciones, sin que el modo de selección esté debidamente precisado en una indicación normativa. La cuestión no es baladí, ya que inutilizabilidad, aun cuando se refiera únicamente a los actos de contenido probatorio, constituye la sanción más grave prevista por el código. Además de ser declarada de oficio, en cada estado y grado del procedimiento, es insanable, con prescindencia de la voluntad y del comportamiento de éstas (salvo casos particulares), y una vez comprobada la violación el acto no puede ser renovado, siendo objeto de una prohibición”⁸⁷⁰.

En cambio, la nulidad se estructura en tres niveles⁸⁷¹: absoluta (art. 179), intermedia (art. 180) y relativa (art. 181). Sólo los efectos de la primera son en parte coincidentes con la inutilizabilidad, en cuanto es insanable y declarable de oficio en cada estado y grado del procedimiento; mientras que las restantes, son sanables y objeto de una disciplina menos rigurosa, a solicitud de parte y dentro de términos breves. La diferencia entre inutilizabilidad y nulidad absoluta, es que esta última por regla admite que el acto nulo sea renovado mediante la regresión del procedimiento, salvo en materia de prueba; mientras que, como ya se ha señalado, la inutilizabilidad determina la eliminación definitiva del acto⁸⁷².

En estos casos conflictivos, según GALANTINI, “la dificultad es aun más intensa cuando se analizan disposiciones que [...] son estructuradas como prohibiciones probatorias a cuya violación se conecta la inutilizabilidad, y que al mismo tiempo suponen la transgresión de disposiciones que implican el concomitante surgimiento de la nulidad, siendo fundadas sobre la misma *ratio* tanto la regla de exclusión como cuanto dispuesto sobre el *modus procedendi*”.

⁸⁶⁸ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 69.

⁸⁶⁹ GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, op. cit. (n. 586), p. 68. Señala que “el desdoblamiento entre nulidad e inutilizabilidad es, por otra parte, y en cierta medida, favorito del legislador que, también recientemente, al introducir disposiciones en materia de tomas de muestras biológicas, ha establecido la nulidad de las «operaciones» y la inutilizabilidad de las «informaciones», respectivamente, realizadas y adquiridas en violación de la misma regla (art. 359-bis inc. 3° c.p.p.)”.

⁸⁷⁰ ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 532.

⁸⁷¹ Para una reseña histórica de esta configuración, vid. PANZAVOLTA, Michele, voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, op. cit. (n. 239), p. 4 ss.

⁸⁷² ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 532.

Según la autora, el hecho que compartan la misma *ratio* hace que en apariencia se advierta una sobreposición de sanciones, pero a su juicio los ámbitos operativos y los efectos de cada una no son coincidentes, por lo que la sanción sería de todos modos identificable. Con todo, a su juicio, la inutilizabilidad comporta siempre la sanción más fuerte, más allá del hecho que su declaratoria se encuentre circunscrita al efectivo uso de la prueba ilegítima; su preminencia indiscutible es tal de determinar, en ocasiones, la absorción de las consecuencias del vicio menor⁸⁷³.

Como explica ILLUMINATI, si bien, algunos autores estiman que debería aplicarse el principio de especialidad, es decir, debiera prevalecer la sanción prevista expresamente por la norma⁸⁷⁴; a su juicio –compartido por GRIFANTINI–, debiese primar la sanción más grave siempre que la inutilizabilidad se sobreponga con una nulidad sanable⁸⁷⁵.

Como ya se adelantó, tal conclusión –en todo caso– no es la favorita de la jurisprudencia, “la que tiende a conducir la sanción a una suerte de relatividad, en el sentido de hacerla deducible sólo a solicitud de parte y de homologarla a una nulidad de naturaleza intermedia”. La jurisprudencia advierte con recelo el particular rigor con que el legislador ha sometido a la misma sanción hipótesis que objetivamente son de diversa gravedad, por ejemplo: por un lado, la inutilizabilidad de la resolución ilegítima que autoriza una interceptación, o aún más su inexistencia; y del otro, el simple defecto de motivación en la resolución del MP que autoriza la ejecución de interceptaciones *extra moenia*. Así, la jurisprudencia en aquellos casos en que no está obligada a aplicar hipótesis especiales de inutilizabilidad a tutela de la forma, tiende a aplicar la nulidad o a considerar mera irregularidad, pudiendo advertirse una lógica apriorística de irrelevancia de la forma en sí y de sus violaciones⁸⁷⁶.

En este extremo, es interesante señalar que se trata de la temida reacción jurisprudencial vaticinada por MELCHIONDA quien, a partir de la experiencia jurisprudencial de la época, no era partidario del establecimiento de hipótesis generales, precisamente porque esta última ya “encontraba el modo de considerar mera nulidad sanable y, en todo caso, episódica, la hipótesis de interrogatorio del imputado efectuada en violación de las normas que debían garantizar el

⁸⁷³GALANTINI, Novella, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*”, op. cit. (n. 9), p. 53 ss. y 58.

⁸⁷⁴En este sentido: CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 72 s.; SCCELLA, Andrea, *L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, op. cit. (n. 246), p. 215: “Mejor concluir que en presencia de una expresa conminatoria de nulidad deba prevalecer el régimen normativo típico de esta forma de invalidez, sanatorias incluidas”; NOBILI, Massimo, sub *art. 192*, op. cit. (n. 743), p. 412; CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 72.

⁸⁷⁵ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, op. cit. (n.14), p. 533 s.; GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 246; GALANTINI, Novella, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale* (1ª ed., Padova, Cedam, 1992), p. 58 ss.; DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, op. cit. (n. 13), p. 1114, sin perjuicio que este último concluya la aplicación del principio de regresión tratándose de hipótesis de «inutilizabilidad-sanción», de acuerdo con el esquema conceptual que éste ofrece.

⁸⁷⁶GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, op. cit. (n. 586), p. 66 s. Particular es la aproximación de SCP. Sec. III, 21 enero 2006, n. 6757, Gatti, en CED Cass. n. 233106 que relaciona la inutilizabilidad patológica con los actos asuntos en contraste radical con la normativa que los regula, con perjuicio grave y no superable del derecho de defensa, mientras considera subsistente la inutilizabilidad fisiológica en relación al menor grado y entidad de la lesión. Idem SCP. Sec. V., 22 diciembre 2009, n. 1586, Belli, en C.E.D. Cass. N. 245818.

fundamental derecho de defensa, o considerar mera irregularidad la formación de una prueba en modo deforme de las reglas establecidas a pena de nulidad. Razón por la cual emplazaba al legislador delegado a que en los casos en que se previera una nulidad absoluta e insanable, lo hiciera en los términos más específicos posibles⁸⁷⁷.

En efecto, el propio régimen jurídico de la inutilizabilidad ha sido objeto de flexibilizaciones prácticas. Como advierten TONINI/CONTI⁸⁷⁸ el *diritto vivente* tiende a dejar entregada a las partes la responsabilidad de denunciar y alegar el vicio, impulsándolas a representar la violación en el momento en que la misma se verifica. En este contexto, los citados autores creen posible identificar una compacta inclinación de la Casación en orden a desalentar las impugnaciones de legitimidad a través de la creación de un deber de activación de las partes con el objeto de evitar que las mismas abusen del instituto cultivando excepciones útiles para obtener la prescripción.

Así, diversos pronunciamientos, incluso de las Sesiones Unidas, han establecido principios que *praeter legem* aumentan los obstáculos a la pretensión demoleadora de las partes. La Corte exige que el recurrente indique específicamente el vicio deducido y los actos de los que se debe recabar la existencia del mismo, con total representación y demostración de eventuales elementos de hecho. Siempre que estos últimos no consten en el fascículo procesal, el recurrente tiene la carga de producirlos. En la misma línea hermenéutica, se exige que el recurrente esclarezca el modo en que los actos específicamente afectados por el vicio inciden en el compendio probatorio valorado en su conjunto, de manera que se pueda inferir su influencia en el procedimiento⁸⁷⁹.

Aún más, la Casación ha precisado que la inutilizabilidad debe invocarse como motivo principal del recurso sin que pueda hacerse valer en el ámbito de motivos nuevos, debido a la preclusión prevista en el art. 167 disposiciones actuativas⁸⁸⁰. Del mismo modo, las cuestiones de inutilizabilidad cuya valoración requiera comprobaciones de mérito, no pueden ser deducidas por primera vez en el juicio de legitimidad, sino que deben ser solicitadas en el juicio de apelación quedando salva la posibilidad de lamentarse de su denegación mediante un sucesivo recurso de casación⁸⁸¹.

De esta constelación de ideas, es posible advertir una clara tendencia a limitar la operatividad de la inutilizabilidad y ello repercute en la posibilidad de considerar dentro de las prohibiciones probatorias como causales de la misma, la inclusión de la llamada prueba ilícita.

⁸⁷⁷ MELCHIONDA, Achille, “*Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*”, op. cit. (n. 5), p. 132.

⁸⁷⁸ TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 110 a 112.

⁸⁷⁹ Cita Cass., sez. un., 23 abril 2009, Fruci, en *Cass. Pen.*, 2009, p. 4142

⁸⁸⁰ Cita Cass., sez. I, 9 mayo 2005, Ballacchino, in *CED* 232406.

⁸⁸¹ Cita Cass. sez. IV, 6 octubre 2010, C., en *Guidadir.*, 2011, n. 10, p. 68. Ver también, STEDH, Sez. III, 25 septiembre 2001, P.G. e J.H. v. Reino Unido; Sez. Un. 21 junio 200, n. 16, Tamaro; en sentido diverso: Cass, 12 febrero 2009, n. 10624, Barbara, en *CED Cass* n. 242980; Sez. Un. 8 octubre 2009, n. 39061, De Iorio, en *CED Cass* n. 244329; Sez Un., 5 abril 2011, n. 13626, Digiacomantonio, cit; Cass., sez I, 9 junio 2009, n. 26492, Bellocco, en *CED Cass* n. 244039. Contra carga de la parte: Cass. Sez. III, 6 mayo 2010, n. 32530, H., en *CED Cass*. n. 248220.

b) *Extremos del debate en el contexto español: «pruebas obtenidas»*

Determinar el alcance de la expresión «prueba obtenida» contenida en el art. 11.1 LOPJ, implica preguntarse sobre el momento en que se produce la infracción. El punto divide a la doctrina en una posición restringida que entiende que el alcance de la norma debe ser referido únicamente a la obtención de prueba con infracción de derechos o libertades fundamentales y una posición extensiva que la concibe referida no sólo a la «obtención» sino que también a la «práctica» de dicha prueba, siendo una cuestión que repercutirá en el concepto de «prueba irregular». La resolución de este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con el debate relativo a la determinación del carácter atribuido al derecho fundamental susceptible de infracción a estos efectos: esto es, si se circunscribe a derechos de carácter sustancial o procesal, y si el supuesto de aplicación de la regla de exclusión se encuentra únicamente referido a los derechos fundamentales comprendidos en los arts. 14 a 29 de la CE, o no.

En virtud de la longitud que demanda la exposición de estos aspectos, es preferible dedicar el último numeral de este apartado a su análisis, entendiendo que en el fondo sigue la línea expositiva desarrollada en lo que respecta al eventual reconocimiento de prohibiciones de asunción (*quamodo*) de la prueba.

6. Efectivo reconocimiento de «reglas probatorias de asunción» de prueba y su absorción en hipótesis de nulidad del art. 238 ss. LOPJ

En este punto corresponde entrar de lleno en el criterio temporal o cronológico de la ilicitud probatoria, que distingue entre «ilicitud extraprocesal» e «ilicitud intraprocesal», cuestión que dependerá del modo en que se interprete la voz «pruebas obtenidas» contenida en el art. 11.1 LOPJ. En este sentido, debe aclararse que las nociones utilizadas resultan ser muy equívocas, ya que no toda la doctrina apunta a la distinción entre fase de investigación preliminar («procedimiento») y fase de juicio («proceso»), sino que con la expresión «ilicitud extraprocesal» también se alude a una etapa «preprocedimental» en contraposición a la «ilicitud intraprocesal» comprensiva de las dos primeras. Cuestión que carece de todo sentido si se tiene presente que el debate gira en torno a la interpretación «prueba obtenida», según si ésta debe ser entendida únicamente en sentido material referida únicamente a la búsqueda y recogida de la prueba; o si se entiende que también deba tener un sentido procesal, cuestión que redundaría en la identificación de prohibiciones en la fase de formación de la prueba (práctica y rendición de un medio probatorio) con el consecuente problema de su «superposición» con hipótesis propias de nulidad absoluta *ex* art. 238 LOPJ⁸⁸².

⁸⁸² Como primera cosa, –previo a desenredar la maraña–, no debe cruzarse sinonímicamente la expresión «prueba irregular» con aquella de «acto irregular». Esta última no es una categoría expresamente prevista en la ley, sino que se deduce indirectamente de la regulación de la nulidad procesal, para dar cuenta de la afectación que puede recaer sobre determinados actos con defectos procesales de menor entidad. Esta noción, por tanto, incluye todos aquellos actos procesales que se hubieren realizado con alguna deficiencia menor que no tiene mayor trascendencia, en su caso, que una sanción para su autor. Esta categoría apunta a las incorrecciones o errores

En otras palabras, corresponderá evaluar el régimen de ineficacia aplicables a las denominadas pruebas irregulares y el criticable parámetro de distinción para la aplicación de uno y otro régimen basado en la infracción de legalidad constitucional y legalidad ordinaria. El sustrato de estas interpretaciones implica adentrarse en la naturaleza del derecho fundamental puesto a la base del art. 11.1 LOPJ. El hecho de excluir del supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ la infracción de derechos fundamentales de carácter procesal, en fase de «investigación preliminar» es –a mi juicio– el causante de una errónea consideración de la prueba irregular, así como de la construcción del inadecuado criterio de distinción entre ambas categorías a partir de la ya anotada legalidad constitucional y legalidad ordinaria.

Como se verá, en una primera aproximación dicho criterio viene usado para la cuestionable clasificación entre «ilicitud extra e intraprocesal», en el sentido de plantear que en esta última no hay «obtención» de prueba sino sólo «práctica» o «formación» de la misma en virtud de la cual únicamente se puede producir infracción de legalidad ordinaria susceptible de infringir derechos fundamentales de carácter procesal, que deberán ser denunciados, en su caso, mediante el régimen de nulidad de los arts. 238 y ss. LOPJ. Además de traslucir una inadecuada conceptualización de las fases del procedimiento probatorio, se advierte también cierta degradación del juicio como centro motor de formación de la prueba, en términos tal vez parangonables a la situación italiana previa al c.p.p.i. de 1988. Como sea, esta consideración estigmatiza la importancia de analizar el tratamiento de las pruebas irregulares que por «definición» carecerían de la fuerza para provocar el efecto reflejo propio de la prueba ilícita.

a) *«Pruebas obtenidas» en sentido material: ilicitud en fase preprocedimental y en fase de investigación con infracción de legalidad constitucional*

Suele señalarse que la individualización de una ilicitud probatoria de carácter «extraprocesal» es atribuible precisamente a la STC 114/1984. Se entiende que a partir de dicha sentencia, “ya no sólo había que atender a la forma en que la prueba se practicaba en el proceso, cumpliendo todas las exigencias y garantías, sino que debía rastrearse su origen, incluso extraprocesal, para evitar la lesión del derecho fundamental que se hubiera producido en ese momento. Se comprende así que el concepto de ilicitud probatoria se restrinja a esta última categoría: cuando la lesión del derecho fundamental es la causa de la obtención de la fuente de prueba”⁸⁸³.

De esta forma, la posición doctrinal mayoritaria, entiende que la obtención de la prueba constituye únicamente una labor propia de la búsqueda de la prueba, inherente a la fase instructora del proceso penal, mientras que durante el juicio la prueba no se obtiene sino que

manifiestos, no susceptibles de nulidad y corregibles en todo momento por el tribunal, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones* (1ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi), p. 85). La característica determinante de la prueba irregular, por el contrario, es que en todo caso no podrían ser susceptibles del régimen especial de nulidad del art. 11.1 LOPJ.

⁸⁸³ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 29.

se practica, lo que permitiría excluir la ilicitud de las infracciones cometidas en tal momento de la hipótesis de aplicación del art. 11.1 LOPJ⁸⁸⁴. De este modo, la citada disposición sancionaría únicamente hipótesis de ilicitud extraprocesal en sentido amplio (preprocedimental y procedimental), entendiendo por tal “aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Ésta afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso)”⁸⁸⁵. Como ya se había anticipado, en esta óptica resulta irrelevante si lo obtenido mediante el descubrimiento tiene el carácter de prueba *constituita* o *constituenda*.

En este sentido, ARMENTA DEU reconoce que existe un número importante de prohibiciones probatorias (en sentido estricto español) que “actúan como límite al quehacer policial en momentos previos o iniciales del proceso; al igual que gran parte de las medidas limitativas de derechos fundamentales (entradas y registros, escuchas telefónicas, intervenciones corporales, etc.) y que constituyen paradigmas de prueba preconstituída. De ahí que el desplazamiento de las actuaciones determinantes para una eventual condena posterior a la fase investigadora y el peso innegable de la obtención de los medios de prueba en la misma, traslade ineludiblemente a ésta buena parte de la aplicación de la doctrina sobre prueba ilícita”⁸⁸⁶. Así, la misma autora recuerda que “no debe olvidarse, por otro lado, la distinción conceptual entre fuente y medios de prueba, patente en esta materia, donde primero se desarrolla una actividad investigadora para obtener las fuentes de prueba y después una actividad de verificación, a través precisamente de la incorporación de un determinado «medio probatorio», que es objeto de práctica o incorporación y reproducción en los casos de prueba anticipada o preconstituída”⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ ARMENTA DEU, Teresa, “Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal”, op. cit. (n. 32), p. 189.

⁸⁸⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 28.

⁸⁸⁶ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 69.

⁸⁸⁷ ARMENTA DEU, Teresa, “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, op. cit. (n. 127), p. 347, véase referencias bibliográficas en nota 4. En este sentido, también: CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 23: “aunque el art. 11.1 de la LOPJ haga alusión a la obtención de «pruebas» y sea el común denominador de los trabajos sobre la obtención inconstitucional de fuentes de prueba referirse a éstas como «pruebas», lo que en puridad se obtiene en la actividad investigadora de delitos a cargo del Estado son «fuentes de prueba»”. Luego, en nota 3 afirma que: “Con mayor rigor que en el actual art. 11.1 LOPJ, en el art. 13.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado el pasado día 25 de febrero de 2013 en el Ministerio de Justicia (en adelante, BACPP) se alude a la exclusión de «informaciones o fuentes de prueba» obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales”. En jurisprudencia, sobre la distinción *vid.*: ATC 127/1989, de 13 de marzo. Sin perjuicio de todo lo señalado, no obstante la distinción doctrinal y jurisprudencial entre fuentes y medios de prueba, lo cierto es que es posible detectar una inconsistencia referida a los efectos que en general se reconocen a una fuente de prueba en juicio oral (como problema de base implícito y subsistente), que se distancia diametralmente de la intensa diferenciación de fases con que ha operado la reforma procesal penal italiana. A modo ejemplar, en materia de intervención de comunicaciones, cuando se estima que la fuente de prueba no es ilícita sino simplemente irregular, se entiende que “nada obsta a que sigan manteniendo *el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba*, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole”, (*vid.* STS 504/2015,

De todos modos, se discute sobre el carácter del sujeto que puede dar lugar a esta clase de ilicitud extraprocésal. Una posición señala que dado que la actividad investigadora se encuentra regida por los principios de exclusividad jurisdiccional y de intervención indiciaria, la violación cometida extraprocésalmente por un particular no estaría viciada de tal ilicitud⁸⁸⁸. En contra, en cambio, MIRANDA ESTRAMPES se inclina por sostener que a estos efectos carece de relevancia el carácter de la persona (funcionario público o particular) que obtiene la fuente de prueba en forma ilícita dada la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales como derechos inviolables. A su juicio, –y con razón– así lo reconocería expresamente la mencionada STC 114/1984 al proclamar la «nulidad radical de todo acto-público, o en su caso, privado-violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución»⁸⁸⁹.

Por último, a propósito de esta fase extraprocésal en sentido amplio, también se discute cuál es la naturaleza del derecho fundamental de base a la aplicación del art. 11.1 LOPJ y cuál debe ser la fuente de la prohibición probatoria a su respecto. Ambos extremos influirán en cuál será el concepto y el tratamiento atribuido a las denominadas «pruebas irregulares».

- i. Posición restringida a los derechos fundamentales de carácter sustancial de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución

Un sector doctrinal mayoritario cree advertir en la STC 114/1984 una interpretación constitucional que limitaría el supuesto de aplicación de la regla de exclusión a la sola

Sec. 1ª, de 24 de julio de 2015, ponente Joaquín Jiménez García, f.j. 2º). De ahí que se comprenda el interés de parte de la doctrina por reducir el concepto de prueba irregular en pro de una mayor aplicación del régimen de prueba ilícita, incluyendo tanto la lesión de derechos fundamentales de carácter procesal como incluso, la ampliación del término «prueba obtenida» a efectos de comprender a su vez las lesiones cometidas en su incorporación y práctica procesal.

⁸⁸⁸Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, “*Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*”, en A.A.V.V., *Estado de Derecho y decisiones judiciales* (1ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), p. 15 ss.

⁸⁸⁹MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 28 s. La diferenciación es operada, en cambio, en el sistema de las *exclusionary rules* en los Estados Unidos, debido al fundamento disuasorio en que inspiran la figura. La cuestión es relevante toda vez que tal como lo indica el citado autor, los supuestos de ilicitud extraprocésal son los que con mayor frecuencia se producen en la práctica, constituyendo la mayoría de los casos analizados por la jurisprudencia del TC y el TS. En el mismo sentido, vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 54; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 50, donde agrega el riesgo de subterfugios por parte de los órganos públicos de investigación penal de asumir una diversa posición; RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 69; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 131 ss.; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 39. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 111), p. 14, que si bien reconoce que en la descripción de la conducta prohibida contenida en el art. 11.1 LOPJ no existen condiciones subjetivas determinantes de la ilicitud, siendo, por ende, indiferente en los términos del precepto, “que el responsable de la ilicitud sea autoridad pública o un particular, que sea la parte a quien aprovecha la prueba u otra persona, que sea el reo o un acusador”, plantea los injustos efectos que esa carencia puede implicar.

“violación de los derechos reconocidos en la Sección 1ª, del Capítulo Segundo, del Título I del texto constitucional (art. 15 a 29), con inclusión del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la objeción de conciencia (art. 30)”⁸⁹⁰.

En otras palabras, esta posición circunscribe la regla contenida en el art. 11.1 LOPJ a los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, en coherencia y armonía con la súper protección que el ordenamiento español les confiere⁸⁹¹. Como veremos, esta afirmación conduce a estimar que la infracción de derechos fundamentales en sede intraprocesal no pueda ser alegada por la vía del art. 11.1 LOPJ, debiéndose acudir al régimen general de nulidad de los actos procesales, con la consecuente falta de reconocimiento de efectos reflejos⁸⁹².

Esta posición doctrinal, trabaja sobre la base de una premisa de tipo normativo literal, consistente en la diversa ubicación que las normas en cuestión tendrían al interior de la LOPJ. En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA explica que mientras “el régimen de nulidad del art. 11.1 LOPJ –ubicado en el Título referido al Poder judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional [es decir, en el título preliminar, entre los principios informadores del ejercicio de la función judicial comunes a todas las jurisdicciones]– sólo se predica del acto de investigación que viola un derecho o libertad fundamental; el art. 238 LOPJ –ubicado en el Título relativo al modo de realizar las actuaciones judiciales– se aplica a aquellas transgresiones que se dan durante la obtención de la prueba, entendiendo por tal la incorporación de la fuente de prueba a un proceso en el que se produce indefensión”⁸⁹³. Por otra parte, mientras la mencionada Sección 1ª se titula «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»; la rúbrica de la Sección 2ª reza «De los derechos y deberes de los ciudadanos», lo que según esta doctrina daría lugar a la distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales no fundamentales, excluyendo estos últimos de la noción integrante del supuesto del art. 11.1 LOPJ.

Desde este último extremo, continuando con un argumento de texto, también se hace hincapié en el tenor del art. 11.1 LOPJ al circunscribir su aplicación a la violación de «derechos o libertades fundamentales», sin que resulte procedente su integración analógica, por infracción del requisito de la *eadem ratio decidendi*, ya que teniendo en cuenta el alcance constitucional de la verdad material, no sería indiferente el carácter fundamental o no fundamental del derecho que entraría en conflicto con ella⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 23 s.

⁸⁹¹ Cfr. CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 26 s. Señala que, en este contexto, la verdad material en cuanto “bien jurídico constitucionalmente protegido que hallaría su encaje en el valor Justicia proclamado en el art. 1.1 CE, sí podría conocerse conculcando derechos no fundamentales”.

⁸⁹² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 69 s.

⁸⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 51 s.

⁸⁹⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 66. En todo caso, el cambio de criterio que los mismos autores profesan en el nota 56 de la cita apuntada será tratada en el apartado destinado al tratamiento de la regla de exclusión y la prueba irregular.

En esta línea se enmarca DE LA OLIVA SANTOS, para quien la invocación de la nulidad radical de todo acto violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, debe entenderse referida únicamente a las actuaciones de obtención de instrumentos probatorios que entrañen «violación» de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente proclamadas⁸⁹⁵.

Esta concepción restringida a los derechos fundamentales de la Sección I, en general rechaza la inclusión del art. 24 CE dentro de los derechos susceptibles de ser violados a efectos de la aplicación del art. 11.1 LOPJ. ORTELLS RAMOS, apoyándose en la STC 64/1986, entiende que “quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ y, por tanto, del concepto de prueba con violación de derechos fundamentales, la que se realiza con vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal (art. 24 CE, principalmente el derecho de defensa)⁸⁹⁶.”

En este sentido, ASENCIO MELLADOSostiene que “la prueba ilícita, a diferencia de otros conceptos opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, no en el de la práctica del medio”, porque la misma recae sobre derechos materiales y no procesales. De ahí que entienda que la prueba ilícita sea insubsanable, que no exija indefensión para ser declarada y produzca efectos indirectos no funcionales como la nulidad, sino propios de una derivación material o jurídica tendentes a garantizar la preservación del derecho.

Para el citado autor los medios de prueba no son independientes de la fuente, de modo que declarada o conocida la ilicitud de ésta, el medio no puede ser incorporado aunque se practique conforme a sus exigencias constitucionales y legales: si la fuente es ineficaz por infracción de derechos fundamentales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore al procedimiento, por constituir materialización misma de la ilicitud⁸⁹⁷.

ii. Posición intermedia de los derechos fundamentales de carácter sustancial y ciertos derechos de carácter procesal

En contra de la posición restringida únicamente a la infracción de derechos fundamentales de carácter sustancial (aunque al parecer siempre dentro de la Sección I), MARTÍNEZ GARCÍA, señala que durante la obtención (material) de fuentes de prueba en una investigación, también son susceptibles de violación los derechos fundamentales de naturaleza procesal, y compartiendo lo expuesto por DÍAZ CABIALE, concluye que ello sólo tendría lugar tratándose de la afectación del derecho a ser informado sobre la acusación; a la defensa del letrado; a no declarar contra uno mismo; a no confesarse culpable; a no declarar por motivos de parentesco o secreto profesional. “En los demás casos, no entrará en funcionamiento esa garantía procesal

⁸⁹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, op. cit. (n. 112), especialmente, p. 196.

⁸⁹⁶ Ortells Ramos, M., *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, p. 319, citado en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 69

⁸⁹⁷ ASENCIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 122), p. 3.

del art. 11.1 LOPJ porque se tratará de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes al proceso, no en su obtención⁸⁹⁸.

Sin embargo, cuanto señalado por ambos autores ha de entenderse referido a la obtención material referida únicamente a una fase preprocesional, puesto que aquella procedimental relativa a la fase de investigación preliminar es considerada por éstos dentro de las ilicitudes intraprocerales donde la eventual infracción de derechos fundamentales quedaría sometida al régimen del art. 238 y ss. LOPJ. De ahí que su posición en torno a reconocer la vigencia de ciertos derechos de carácter procesal circunscrita a la fase preprocesional resulte difícil de comprender. Tal vez la cuestión sea mayormente esclarecida en un trabajo posterior de DÍAZ CABIALE/MARTÍNEZ MORALES, donde indican que: “normalmente la ilicitud probatoria acontece en el procedimiento preliminar o fase de investigación, pero nada impide que también exista en la fase de juicio oral, por ejemplo, cuando no se advierte al testigo que puede quedar exento del deber de declarar por razones de parentesco, arts. 24.2 CE, 416 y 707 LECrim⁸⁹⁹”.

iii. Posición extensiva a los derechos «constitucionales»

Según esta posición doctrinal nada impide que puedan también incluirse bajo la rúbrica «derechos fundamentales» todos aquellos derechos contemplados en el Capítulo Segundo del Título I, abarcando los arts. 14 a 38, “pues todos ellos gozarían de la condición de derechos fundamentales, al margen de las concretas vías procesales de protección arbitradas en cada caso en el propio texto constitucional”. Ello por cuanto la STC 114/1984 no efectúa un pronunciamiento en el sentido que pretende atribuirle la posición restringida, de modo que estando al tenor literal del art. 11.1 LOPJ, no debiese entenderse que efectué distingo alguno entre unos derechos fundamentales y otros, y por tanto, ha de comprenderse el establecimiento con carácter general de la ineficacia de la prueba obtenida con violación de tales derechos sea cual fuere la naturaleza de los mismos⁹⁰⁰.

En este orden de ideas, a mi juicio, la cuestión redundante en una errada lectura de la STC 114/1984. El párrafo que viene citado al efecto de la posición restringida, se ubica en el f.j. 4º de dicha sentencia a propósito de la garantía de inadmisión de la prueba. Si recapitulamos, el TC proclama la inexistencia de un derecho subjetivo a la inadmisión de la prueba como parte integrante de los derechos fundamentales. Luego, para construir la necesidad jurídica de

⁸⁹⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 23 ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 49.

⁸⁹⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 39.

⁹⁰⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 68. Hace presente la configuración de una nueva línea interpretativa en esta dirección, citando en apoyo la STC 85/1994, f. j. 4º. En el mismo sentido, a vía ejemplar: GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 37 s.; VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, op. cit. (n. 343), p. 121, nota 128; ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 82 s.

proceder con la expulsión de tal material probatorio y, sobre todo, con el objeto de procurarse competencia en la resolución del asunto, es que el TC en dicho f.j. alude a la Sección I, por una combinación de lo dispuesto en el art. 44 LOTC y el art. 53 CE y ello para disponer el cuadro de derechos fundamentales desde el cual seleccionar aquél que permite alegar una infracción directa por parte del órgano jurisdiccional que lo habilite para el conocimiento del recurso de amparo. Así, el f.j. 5º fija la discusión en el ámbito de la infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por lo que no debe confundirse esta referencia a una toma de posición del TC que pretenda circunscribir la infracción de derechos fundamentales a los solos derechos materiales, ni mucho menos únicamente a aquellos establecidos en la Sección I.

Es en este contexto en que debe leerse la afirmación de que “esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto (...) violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución”, esto es, en el sentido de identificar, dentro de los derechos susceptibles de amparo *ex* art. 53 N° 2, cuál de ellos puede fundamentar la exclusión del material probatorio obtenido con violación de un derecho fundamental, pero sin que dicha sentencia se pronuncie o limite la naturaleza de este último.

De este modo, según esta interpretación, dentro de la categoría de los derechos fundamentales debiese incluirse tanto los denominados sustantivos como procesales, básicamente contenidos en el art. 24 del texto constitucional, sin que quepa hacer distinciones entre derechos fundamentales y constitucionales no fundamentales, de modo que ambas clases de derechos debiesen estimarse susceptibles de dar lugar a una ilicitud extraprocesal.

A medio camino se encontraría la posición de DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, puesto que a pesar de entender que los derechos fundamentales de carácter procesal pueden ser excepcionalmente considerados como supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, de todos modos reconocen la existencia de “pruebas obtenidas vulnerando normas constitucionales cuyo quebranto no supone específicamente lesión de derecho fundamental. En relación a estas últimas, la ampliación del estándar de fundamentalidad viene impuesta, aunque caben interpretaciones alternativas, por imperativos constitucionales”⁹⁰¹.

b) *«Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de investigación preliminar por infracción de legalidad ordinaria (primer supuesto de prueba irregular)*

i. Posición mayoritaria y tratamiento de las pruebas irregulares *ex* art. 238 y ss. LOPJ

La jurisprudencia española mayoritaria, asume una concepción restringida de «prueba obtenida» con infracción de derechos fundamentales, considerando que tal expresión debe considerarse limitada a la prueba obtenida en sentido preprocedimental, donde únicamente la infracción de legalidad constitucional será susceptible de hacer operar la regla del art. 11.1

⁹⁰¹DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *op. cit.* (n. 393), p. 39.

LOPJ. De este modo, la prueba obtenida en fase procedimental (*rectius*: fase de investigación preliminar), al igual que las cuestiones relacionadas con la práctica y rendición de la prueba en juicio, implican una ilicitud intraprocesal que redundará únicamente en la infracción de legalidad ordinaria sometida al régimen de nulidad del art. 238 LOPJ.

Desde esta perspectiva el concepto de pruebas irregulares comprendería tanto los casos de ilicitud intraprocesal (en la obtención en fase sumarial y en la práctica de la prueba en juicio) y en la obtención en fase preprocedimental de aquellos derechos constitucionales considerados no fundamentales.

Como explica MARTÍNEZ GARCÍA, “mientras los defectos manifestados en la obtención de pruebas, normalmente afectan a la legalidad constitucional y conllevan la imposible admisión de pruebas *directa o indirectamente* obtenidas violentando derechos fundamentales; los defectos en la incorporación al sumario sólo afectan a la legalidad ordinaria y por ello permiten subsanar la irregularidad y admitir como prueba tanto la *directa irregular* a través de «otros medios», como la derivada de ésta por no alcanzarle la ilicitud, al movernos en el ámbito del art. 238 LOPJ (STC 121/1998, de 15 de junio y 171/99, de 27 de septiembre)”. En este orden de ideas se comprende que MARTÍNEZ GARCÍA señale que el término «prueba ilícita» sea aplicable a aquellas fuentes cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales⁹⁰².

Debe hacerse incapié, entonces, que la citada autora trabaja sobre un concepto de ilicitud «extraprocesal» en sentido estricto, en sentido «preprocedimental» para aludir a la fase anterior a la de investigación preliminar o sumarial a cargo del Juez de Instrucción. El desarrollo de esta última fase es considerada parte del «procedimiento» distinguible del «proceso», que por su parte sólo inicia con la correspondiente acusación. Se alude entonces a un ámbito de aplicación del 11.1 LOPJ reducido a una «ilicitud preprocedimental», siendo este un aspecto digno del más absoluto y severo reproche, ya que tal como asevera ANDRÉS IBÁÑEZ, al referirse a la lesión de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de una fuente de prueba, si bien ello “es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las

⁹⁰²MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 47. A juicio de la autora, sostenedora de esta tesis, se trata de “una garantía con la que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del Derecho penal”. En un Estado de Derecho la investigación del crimen debe de estar supeditada al respeto de los derechos y libertades fundamentales, que pudiesen entrar en conflicto con los actos de averiguación de la verdad que llevan a cabo la policía y los órganos jurisdiccionales. De ahí que la transgresión de los mismos por parte de las autoridades, exija que el Estado actúe positivamente, mediante la expulsión procesal de aquellas fuentes de prueba obtenidas directa o derivadamente de tales violaciones, de acuerdo con la configuración legal que se haya hecho de tal consecuencia invalidante. Explica que, si bien la limitación de un derecho fundamental así como la introducción de su resultado en un proceso exigen el respeto de requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria; la ilicitud probatoria y, por tanto, el alcance del art. 11.1 LOPJ, sólo se predica de la transgresión de los primeros, es decir, las transgresiones de derechos fundamentales que acontecen durante la fase de investigación u obtención de pruebas, con la consecuencia anudada de generar un efecto anulatorio más radical, a través de lo que denominamos la doctrina de los frutos del árbol envenenado. En cambio, “una prueba obtenida mediante un acto de investigación concreto en el que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de audiencia, asistencia y defensa”, que por esa razón pasa a ser ineficaz, no goza del efecto reflejo de su ineficacia, es decir, no habría extensión de su ilicitud a otros medios de prueba, p. 23 y 47 a 52.

intervenciones de la Policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia, la unilateralidad de la actuación y su conocida incisividad (...) no debe excluirse que los derechos fundamentales del imputado puedan resultar lesionados también con ocasión de alguna diligencia de investigación judicial o del fiscal”⁹⁰³.

Sin embargo, esta parece ser la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que restringe la ilicitud probatoria únicamente a la violación de los requisitos de legalidad constitucional en fase preprocedimental como único ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ. Desde su aproximación, el quebranto de las normas de legalidad ordinaria queda sometido, en cambio, a lo dispuesto en los arts. 238 y ss. LOPJ⁹⁰⁴.

Resulta relativamente unánime que, mientras “el art. 11.1 es la plasmación de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita”, en cuanto reflejo, en el plano de la legalidad, de una garantía constitucional de carácter procesal; por el contrario, el art. 238 LOPJ, estaría llamado a tutelar las normas procesales desde el plano de la legalidad, sin que tenga por finalidad primordial la tutela de las garantías procesales de alcance constitucional, y sin perjuicio de que habitualmente también sirva para proteger garantías constitucionales⁹⁰⁵.

Así, MARTÍNEZ GARCÍA, si bien reconoce la existencia de estos dos planos funcionales, de todos modos atribuye al art. 238 LOPJ la naturaleza jurídica de garantía constitucional procesal. Según la citada autora, el art. 11.1 LOPJ establece una garantía que pertenece o se incardina dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), derecho vinculado (pero autónomo) del derecho a la tutela judicial efectiva; y a su juicio, lo mismo ocurre con el contenido del art. 238 LOPJ, dado que el derecho al proceso con todas las garantías impide reconocer eficacia a un medio obtenido con infracción de ley: “el derecho al proceso justo rechaza frontalmente dichas violaciones legales, aunque sanciona de diferente forma según el tipo de transgresión y en función del precepto aplicable”⁹⁰⁶.

La autora señala que, si bien “un derecho fundamental se podrá violar mediante la quiebra de aspectos de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional, (...) sólo esta última conlleva la prohibición probatoria aludida y producirá consecuencias sobre lo obtenido

⁹⁰³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 190.

⁹⁰⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 95.

⁹⁰⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 135 s.

⁹⁰⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 19 ss. DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 149 “los arts. 11.1 y 238 de la LOPJ tienen un punto de partida en común: la privación de eficacia jurídica del acto que los contraviene. En el proceso no va a poder desplegar eficacia jurídica el acto de que se trate (...) Se trata de una característica compartida por ambos preceptos en el campo de los efectos procesales”. Sin embargo es conveniente tener presente que los citados autores, por una parte, conciben la garantía procesal constitucional del art. 11.1 LOPJ dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia (y no dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías); y por otra, que a pesar del doble plano de acción que reconocen al art. 238 (puesto a tutela de las formas procesales y puesto a tutela de ciertos derechos fundamentales procesales), no lo conciben como una garantía procesal constitucional en sí misma en los términos en que sí parece hacer MARTÍNEZ GARCÍA.

derivadamente. El quebrantamiento de la legalidad ordinaria recibirá un tratamiento de simple prueba irregular, no por ello admisible en Derecho”⁹⁰⁷.

Este análisis se corresponde con la interpretación adoptada por el TC y por el TS, debidamente sintetizadas en STS 115/2015⁹⁰⁸, cuyo f.j. 2º, precisamente señala la distinción entre un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales; y otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE).

Según esta jurisprudencia, las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, en orden a la eficacia probatoria en el proceso penal, no son sin embargo apreciables en un primer grado, ya que tanto una como otra carecen de virtualidad al respecto, dependiendo en el segundo caso de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades y sobre todo, de la indefensión practicada (art. 238.1 LOPJ.). La diferencia entre la prueba ilícita y la prueba irregular, por tanto, habrá de advertirse en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con ellas, ya que para las derivadas de las pruebas ilícitas se impone asimismo la ineficacia como lógica consecuencia de una fuente de contaminación -la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado («*the tainted fruti*») o, genéricamente, doctrina de los «frutos del árbol envenenado» («*The fruti o the poisonous tree doctrine*»), mientras que para las derivadas de las simplemente irregulares no se produce tal radical consecuencia, por mor de lo dispuesto en el art. 242 LOPJ, y nada obsta a que la convicción se obtenga por otros acreditamientos en la materia.

Alineado en esta dirección también se encuentra RODRÍGUEZ SOL, quien explica que una “interpretación sistemática y teleológica, se llega a la conclusión de que ambos [art. 11.1 y 238.3 LOPJ] preceptos se refieren a supuestos perfectamente diferenciables. El art. 238.3º contempla los casos de nulidad de pleno derecho, absoluta y radical, como consecuencia de haberse vulnerado los derechos fundamentales de naturaleza procesal reconocidos en el art. 24 CE (derecho a un proceso público con todas las garantías y proscripción de la indefensión), cuya consecuencia es que no se puede derivar efecto probatorio alguno de los mismos (*quodnullumest, nullumproduciteffectum*), pero no tiene el drástico efecto, sí previsto en el art. 11.1., de invalidar («contaminar») a todas las pruebas directa o indirectamente relacionadas con el acto nulo”. El citado autor también arriba a esta conclusión sobre la base de la consideración del modo en que debe verificarse la infracción del derecho fundamental material (único que en su concepto da lugar a prueba ilícita). Explica que la principal consecuencia que se deriva de esta tesis es el considerar irrelevante la infracción de los derechos constitucionales de

⁹⁰⁷MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 48. En el mismo sentido, Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1996, citada en ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 95, “A juicio de muchos autores, un derecho fundamental puede ser violado mediante quebrar requisitos de una y otra clase, pero sólo la vulneración de aquellos comprendidos en la legalidad constitucional acarrea una prohibición probatoria con efectos directos y reflejos”.

⁹⁰⁸ STS 115/2015, Sec. 1ª, de 5 de marzo de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 2. En el mismo sentido: STS 53/2011, Sec. 1ª, de 10 de febrero de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre, f.j. 2º y STS 6/2010, de 27 de enero.

naturaleza procesal, en modo de no darles mayor relevancia que la que les da la propia LOPJ (nulidad de los actos que hayan prescindido de las garantías del proceso o hayan generado indefensión: absoluta, radical e insubsanable, en la mayoría de los casos, de acuerdo con el art. 238.3°, o relativa en los restantes, contemplados en el art. 240.1), pero nulidad ésta que no va acompañada del drástico efecto reflejo que sí se asocia a la prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental material subyacente a la expresión *directa o indirectamente* empleada por el art. 11.1 LOPJ)⁹⁰⁹.

ii. Prueba irregular: principio de subsanación y conservación de los actos procesales

La diferencia anotada en la sección anterior, se resuelve en la práctica, por tanto, en la posibilidad de recuperación del material probatorio evidenciado por la prueba irregular, mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación, posibilidad que es impensable en el caso de la prueba ilícita.

Se entiende que con ello la prueba irregular queda sujeta a un régimen de ineficacia que atiende al principio de conservación de los actos procesales, por lo que los actos viciados son, además, subsanables y convalidables. En cuanto a la convalidación MARTÍNEZ GARCÍA expresa que tratándose de prueba irregular, al igual como ocurre en materia de prueba ilícita, la sentencia firme que la contenga de todos modos convalida todos los defectos que no hayan sido impugnados, conforme a los criterios de seguridad jurídica del art. 9.3 CE⁹¹⁰.

En lo que respecta a la subsanación, el tema es más complicado. Para una idea concreta de la distinción conviene anotar el caso del registro domiciliario tratado por RODRIGUEZ SOL. Según este autor, si el registro vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 18.2 CE es inconstitucional y nulo, de modo que no se admite ni siquiera de modo indirecto la probanza de su realidad y de sus resultados (cualquier prueba encaminada a acreditar la existencia del registro o de los objetos en él hallados es igualmente nula *ex art. 11.1 LOPJ*). Por el contrario, si el registro es ilegal pero no inconstitucional, la diligencia es igualmente nula y también es nula la eficacia probatoria del acta en que se hayan plasmado sus resultados, pero ello no impide que por otros medios probatorios distintos de la citada acta se puedan acreditar la realidad del registro y de lo hallado en el mismo. Por ejemplo, en este último caso, si el registro se realizara sin la presencia del Secretario judicial: el registro es radicalmente nulo e insubsanable (se ha omitido una forma esencial del procedimiento), pero el Juez puede valorar otras pruebas, incluidas aquéllas que traigan causa del mismo registro tales como las declaraciones de los testigos o la confesión del imputado⁹¹¹.

⁹⁰⁹RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 81 y 85.

⁹¹⁰MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 171.

⁹¹¹RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 82 ss. y 86 ss. “(... la ausencia de Secretario no genera propiamente ninguna indefensión al imputado, máxime si éste ha estado presente), tiene su encaje preciso en el inc. 1° del art. 238.3 LOPJ como ausencia total y absoluta de una norma esencial de procedimiento, por lo que el tema de la indefensión efectiva resulta en tal caso irrelevante para determinar la nulidad”. Un revisión del tratamiento de la ausencia de secretario se ofrece en ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 190 s. Se trata del tratamiento de la ausencia del

En estos términos se pronuncia, la STS 999/2004 de 19 de septiembre, señalando que si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas⁹¹².

De reciente, también se cuenta la STS 309/2015, que sobre la ausencia del secretario explica que la misma no empece al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, siendo una cuestión distinta: su trascendencia en el orden procesal. En concepto del TS, según reiterada jurisprudencia de la Sala penal, “el registro efectuado sin intervención del Secretario Judicial es procesalmente nulo, careciendo de operatividad y total falta de virtualidad a efectos probatorios”; pero ello “no empece a que merced a otros medios de prueba se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y hallados en el domicilio registrado”. De todos modos, la sentencia es confusa, ya que si bien por una parte admite la concurrencia de otros medios de prueba, termina justificándola, en un supuesto de excepción a la aplicación de la regla de exclusión del efecto reflejo de la prueba ilícita, cual es la confesión voluntaria del

Secretario en la diligencia de entrada y registro judicialmente autorizado, a la luz del art. 569 LECrim. y su aplicación antes y después de la reforma de 30 de abril de 1992. “Con anterioridad al año 1992 parecía claro que la ausencia del secretario judicial –mediante un auto judicial habilitante– no afectaba el derecho fundamental, de manera que su ausencia constituía una mera irregularidad atinente a la legalidad ordinaria que se reconducía a una cuestión de valoración de la prueba. A la hora de valorar el registro efectuado sin presencia del secretario, ante la falta de sujeto que incorpore la fe pública, se privaba el acta y a los datos incorporados a ella de valor de prueba preconstituida. Ahora bien, en palabras del propio tribunal *«ello no es óbice, no afectando la falta de Secretario a la inviolabilidad del domicilio, cualquiera que sea la trascendencia en el orden procesal, para que, merced a otros medios de prueba complementarios, se evidencie la existencia real de los efectos que se dicen intervenidos y su hallazgo en las dependencias domiciliarias»* (AATC de 11 y 16 de marzo de 1991) *«(...) la adveración de ello por los testigos intervinientes en la irregular actuación, compareciendo en el JO, no puede descartarse; corresponderá al Tribunal sentenciador apreciar y valorar la idoneidad y significación intrínseca de esta prueba en función de las circunstancias concurrentes en el caso»* (SSTS, 18.10.1990; 12.10.1990; 3 y 10.10.1990 y 11.07.1995. La jurisprudencia posterior que estimó pruebas ilícitas las obtenidas en las entradas y registros carentes de dicha fe pública, condujo, según la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/95 a introducir el actual párrafo cuarto del art. 569 LECrim que prescribe su presencia bajo pena de nulidad de todo lo contenido en el acta. Modificación que en todo caso no resuelve el problema dejando subsistente la cuestión de la convalidación mediante otros medios de prueba. En tanto parece que para el TC y la sentencia que se acaba de citar, sí (AATC de 11 y 16 de marzo de 1991); el Acuerdo de la Segunda Sala del TS de 1991, negaba la posibilidad de incorporar los hechos a través del testimonio de los agentes que intervinieron, en atención a que el acta en sí, carece de validez, así como por haberse infringido una norma procedimental esencial, de manera que los resultados del registro no podían introducirse en el juicio por la declaración de los agentes, quedando como única posibilidad la de los llamados «agentes neutros»”.

⁹¹² En materia de interceptación de comunicaciones, *vid.* STS 906/2014, Sec. 1ª, de 23 de diciembre de 2014, ponente José Manuel Maza Martín, f.j. 3º: “(...) Por otro lado, los demás aspectos, relativos ya, no a la ejecución misma de la diligencia y al respeto debido al derecho fundamental afectado, sino a su directa introducción con fines probatorios en el enjuiciamiento, sin duda importantes, carecen sin embargo de esa trascendencia constitucional que, entre otras cosas, puede conducir a la irradiación de efectos anulatorios hacia otros elementos de prueba derivados de la información obtenida con las «escuchas», a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ, restringiendo su alcance al de una mera infracción procesal que, excluyendo el valor acreditativo de su resultado, no impide, sin embargo, la sustitución de éste mediante la aportación de otros medios coincidentes en su objeto probatorio”; STS 824/2014, Sec. 1ª, de 3 de diciembre de 2014, ponente Francisco Monterde Ferrer, f.j. 1º, N° 2.

imputado, en circunstancias que había iniciado descartando la afectación de un derecho fundamental.

Con todo, como anota el propio RODRIGUEZ SOL, la cuestión se relativiza cuando la infracción de la legalidad ordinaria puede estimarse afectar el núcleo esencial del derecho fundamental de base, como suele suceder cuando el registro se efectúa sin la presencia del titular. De estimar que el requisito es de esta entidad entonces procede someter el acto al régimen de ilicitud de la prueba contenida en el art. 11.1 LOPJ.

iii. Posición intermedia: pruebas irregulares susceptibles de integrar hipótesis de infracción constitucional

Esta última corresponde a aquella posición, que podría llamarse intermedia, según la cual la infracción de legalidad ordinaria puede en todo caso traducirse en una infracción de legalidad constitucional. Se trata de la tesis –propugnada por GONZÁLEZ CUELLAR– según la cual se requiere un análisis concreto de la trascendencia de la norma infringida, en función de los intereses en conflicto. Explica que, tras efectuar un juicio de proporcionalidad, debe considerarse aplicable sólo y exclusivamente respecto de la prueba irregular, agreguemos, en sentido estricto, esto es, únicamente con violación de legalidad ordinaria, desde una noción restringida de derecho fundamental, también en el caso de violación de derechos constitucionales no fundamentales, cuando de todos modos se considere que tal tipo de prueba puede afectar al derecho a un proceso justo con todas las garantías y a la igualdad de las partes.

En esta dirección se enmarca MIRANDA ESTRAMPES al indicar que la STC 114/84, utilizada por la doctrina en apoyo de una concepción restrictiva, en realidad “no contiene un pronunciamiento expreso sobre los efectos que produce la infracción de la legalidad ordinaria en la obtención de las pruebas”⁹¹³. El citado autor, como ya se anotó, plantea un concepto amplio del supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ, comprensivo de todos los derechos contenidos en la Constitución, incluidos aquellos de carácter procesal, ya que “cuando en la práctica de las diligencias de investigación o en la actividad probatoria se limitan las posibilidades de autodefensa del imputado se infringen las garantías de contradicción, publicidad, inmediación y oralidad, existirá una infracción de derechos fundamentales, esencialmente el derecho de defensa y como consecuencia de ello una vulneración del derecho a la presunción de inocencia si la condena se fundamenta en tales elementos probatorios”⁹¹⁴.

Según CAMPANER MUÑOZ, esta posición supone adoptar la consideración del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías del art. 24.2 CE en los términos sostenidos por Almagro Nosete, esto es: “la consideración de este precepto como una garantía de carácter general y residual en la que se acogen las que no están determinadas específicamente en el art. 24 CE, lo que comportaría una constitucionalización de todas las garantías establecidas por la

⁹¹³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 67.

⁹¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 76.

legislación ordinaria, orgánica y procesal, en cuanto sean acordes con los fines constitucionales”⁹¹⁵.

En efecto, este planteamiento paradójicamente nos reubica en la llamada posición extrema de ilicitud probatoria, sostenida por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, según el cual lo constitucionalmente protegido es el derecho a la «prueba legal», es decir, a la obtenida y practicada conforme a las normas de garantía legalmente establecidas y que en la actualidad encontraría tendencial continuación en MIRANDA ESTRAMPES a partir de la premisa que las normas procesales penales que regulan la forma de obtención y/o producción de la prueba constituyen auténticas normas de garantía, que en atención precisamente a su esencialidad deben recibir el mismo tratamiento de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales⁹¹⁶. Mientras el primero ubica la base de referencia en el principio de legalidad y en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías; el segundo, lo justifica en el derecho a la presunción de inocencia.

Aunque me parece que la crítica anotado podría resultar en cierto modo excesiva, considero más adecuada la posición sostenida por ANDRÉS IBÁÑEZ, que –en mi opinión– parece obedecer a un examen de ley ordinaria en cuanto norma de desarrollo de un concreto derecho fundamental sustancial lesionado, independientemente de que en virtud de ello se produzca además una vulneración a un proceso justo con todas las garantías y a la igualdad de las partes. Este sentido puede extraerse de la STS 1325/2011⁹¹⁷, donde se acoge parcialmente el recurso por ese preciso motivo. En efecto su f.j. 1º señala que «la presencia del imputado detenido en el registro de su domicilio es un requisito legal de ius cogens, con inequívoca relevancia constitucional», que debe concurrir para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio. La claridad de la expresión legal «presencia del interesado» contenida en el art. 569 LECrim y la relevancia constitucional de la materia hace que el régimen de excepciones posibles deba interpretarse de forma restrictiva.

Se agrega que: “Por consiguiente, ni el juez ni la policía están habilitados para decidir de otro modo, convirtiendo en facultativo lo prescrito legalmente de modo imperativo, mediante un enunciado lingüístico de meridiana claridad”. Ahora bien, si por el contrario, se considera que es una mera exigencia de legalidad ordinaria, que no integra el contenido mínimo con rango constitucional del derecho a la inviolabilidad, cuyo sacrificio ha quedado plenamente cubierto en el plano de la constitucionalidad por la autorización judicial, habremos de concluir que el vicio, por mucha indefensión que pueda causar al imputado, tan sólo será una causa de

⁹¹⁵CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 27, nota 16, referencia hecha a Almagro Nosete, J., “Comentarios al artículo 24”, en *Constitución Española de 1978: comentarios a las leyes políticas* (Madrid, Edersa, 1983), t. III.

⁹¹⁶En esta dirección, véase también, BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia, “*La prueba ilícita y sus efectos*”, op. cit. (n. 183), p. 428 ss., para quien la doctrina garantista produciría una gravísima distorsión en un sistema ya en extremo formalista; CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 28 quien no cree posible sostener una interpretación extensiva del art. 11.1 LOPJ con el objeto de hacer comprender también la violación de derechos no fundamentales, sin perjuicio de que debiese haber sido así.

⁹¹⁷ STS 1325/2011, Sec. 1ª, de 2 de diciembre de 2011, ponente Perfecto Andrés Ibáñez.

nulidad de las comprendidas en el art. 238 LOPJ y sin que ello dé lugar a la aplicación del art. 11.1 LOPJ.

“Del análisis conjunto de todo lo expuesto se puede concluir lo siguiente: cuando hay vulneración del contenido constitucional del derecho, se debe entender que pruebas como la confesión del imputado o las declaraciones de los testigos presenciales están causalmente conectadas con el registro (la ausencia de mandamiento, p.e., condiciona la diligencia y la confesión posterior del imputado) y en tal sentido derivan del registro ilícito; por el contrario, si el registro es nulo por infracción de normas de legalidad ordinaria, pruebas como la confesión o los testimonios se consideran causalmente desconectados del vicio (el hecho de no haber asistido el Secretario, p. e., no es la causa determinante de que el imputado haya confesado) y no afectados por tanto por la nulidad de la diligencia”. En cierto modo cuanto anotado permite advertir un enorme problema con el concepto de convalidación, que se debe a la no distinción entre prueba derivada susceptible del efecto reflejo y prueba ilícita originaria por infracción indirecta propia del principio de no sustitución débil.

c) *«Pruebas obtenidas» en sentido procesal: ilicitud en fase de juicio por infracción de legalidad ordinaria (segundo supuesto de prueba irregular)*

Por ilicitud intraprocesal, digamos en sentido estricto, se entiende aquella que “afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión o práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del inculpado de medios coactivos)”⁹¹⁸.

Doctrinal y jurisprudencialmente se discute si la infracción de derechos fundamentales puede verificarse a nivel intraprocesal, esto es, si concretamente puede observarse una infracción de derechos fundamentales a propósito de la «práctica» de la prueba. La discusión cobra sentido desde que se reconoce que “la introducción del material probatorio en el proceso a través de los correspondientes medios de prueba resulta una actividad legalmente formalizada en normas materiales y procesales”⁹¹⁹. Esta constatación es la que torna imprescindible la toma de posición en orden al carácter que debe asumir un derecho fundamental para ser susceptible de ser infringido a la luz del art. 11.1 LOPJ.

Sólo una posición minoritaria estima que la infracción de derechos fundamentales violatorios de la legalidad constitucional y legal también puede verificarse en el proceso, en la fase de «práctica» de la prueba⁹²⁰. Este extremo paradójicamente se encontraría patentado en el

⁹¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 30.

⁹¹⁹ ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, op. cit. (n. 1), p. 67. Da la impresión que el término «introducción» esté utilizado en un sentido comprensivo de las fases integrantes del procedimiento probatorio en sede intraprocesal.

⁹²⁰ CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, op. cit. (n. 6), p. 401, también se detiene en este punto: “Para la doctrina mayoritaria la inutilizabilidad afecta tanto a los elementos recogidos en el curso de la investigación preliminar, como a las pruebas asuntos en el proceso. La jurisprudencia, en cambio, efectúa una interpretación restringida del concepto de *obtención* limitándolo a las adquisiciones de elementos

contenido que el TC desde antiguo reconoce al derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de juicio. “Respecto a la prueba susceptible de valoración en el proceso penal, nos encontramos en primer lugar con la sentencia del TC número 55/1982, de 26 de julio, según la cual «para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba que ha llegado con las debidas garantías al proceso», y destaca «la importancia de cuidar... las garantías de su aportación»⁹²¹.

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria, estima que en el ámbito intraprocésal, la infracción de derechos fundamentales tiene lugar exclusivamente a partir de una violación de ley ordinaria, concluyéndose que las infracciones en la incorporación y práctica de la prueba quedan sometidas al régimen de nulidad del art. 238 LOPJ⁹²².

En este sentido, GONZÁLEZ GARCÍA distingue entre «ilicitud» e «ilegalidad»: “Dentro de la primera tendría cabida la prueba viciada *ab origine*, por serlo también la fuente de la prueba; la prueba ilegal es aquella practicada con violación de las normas procesales que la regulan. Dicho en otras palabras, la ilicitud de la prueba depende de un hecho anterior al proceso o, aun coetáneo a éste, realizado fuera del proceso mismo o en un momento diferenciado de la fase de prueba; la ilegalidad se corresponde con la infracción de las normas procesales que regulan la proposición, práctica o valoración de la prueba en cuestión. Sentada esta premisa, el art. 11.1 de la LOPJ se refiere al primero de los casos; por lo que corresponde al segundo, habrá que estarse a las regulaciones procesales particulares y a la entidad de la infracción de que se trate”⁹²³.

Por sobre un tal fundamento –basado en la naturaleza de la norma violada–, DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES estiman que “la característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra”; de modo que la obtención de la fuente de

probatorios en el curso de las investigaciones, mientras que considera que las violaciones cometidas en el curso del proceso sólo comportan nulidad en conformidad con el art. 238 inc. 1º, n. 3º”. Extremos que como hemos tenido ocasión de patentar no se dan en los términos que anota la citada autora; cuestión comprensible debido al uso inapropiado que se atribuye a la expresión «ilicitud extraprocésal» e «ilicitud intraprocésal».

⁹²¹MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 148.

⁹²² Para referencias bibliográficas, *vid.*: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 51 s. En jurisprudencia, *vid.*: STC 64/1986, de 21 de mayo; STC 221/1997, f.j. 11º.

⁹²³GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit. (n. 111), p. 13, donde a continuación señala: “De acuerdo con este régimen, una prueba puede ser ilícita (por serlo su fuente de obtención) aun siendo legal, por haberse llevado al proceso y práctica con escrupuloso respeto a las normas procesales. Del mismo modo, una prueba con fuente lícita puede ser tachada de ilegal por infracción de las normas procesales sobre su práctica y valoración. El TC español, en su sentencia Nº 64/1986, de 21 de mayo, declaró que la garantía se refiere tan sólo a la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba, no en la que se produce durante su práctica o valoración”. Cfr., MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, op. cit. (n. 94), p. 132. Si bien también pone de manifiesto la necesidad de diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba, debe destacarse que el contenido de esta última la hace consistir en una obtención de prueba tanto en sentido material como procesal: “El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba deba obtenerse y practicarse con respeto de los derechos fundamentales”.

prueba tiene que ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, predicándose por ende un nexo de causalidad entre dicho menoscabo y la actividad probatoria desplegada⁹²⁴.

Con todo, en esta dirección también apunta la argumentación del Magistrado MARTÍ SÁNCHEZ, que a través de una interpretación del término «violentando» empleado en el texto del art. 11.1 LOPJ, llega a concluir que: se requiere, pues, para la carencia de eficacia de las pruebas, algo más que la violación de un derecho fundamental, de ahí la inexactitud de lo expresado por el TS en la sentencia de 24 de marzo de 1995, al afirmar que «si las pruebas en virtud de las cuales se ha de dictar la resolución del proceso se hubiesen obtenido mediante violaciones de derechos o libertades fundamentales carecerán de efectos según establece el art. 11, N° 1° de la LOPJ». En el mismo sentido, RODRÍGUEZ SOL, sintetiza que “no es lo mismo que para obtener la prueba se violente el derecho (relación causa-efecto entre la violencia antecedente y la obtención de la prueba), que como resultado de la obtención de la prueba resulte violentado el derecho (relación causa-efecto entre la obtención de la prueba y la violencia concomitante o subsiguiente)”. Según este último autor, “los redactores del precepto quisieron expresar únicamente lo primero, es decir «las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, como consecuencia de haberse violado un derecho fundamental» (...) Puede resultar que como consecuencia de determinadas irregularidades cometidas en la práctica de un registro (constitucionalmente lícito en cuanto que no vulnera el derecho a la inviolabilidad) se violen otros derechos fundamentales como el de defensa (art. 24 CE), pero ello será como consecuencia del registro, es decir, será la obtención de la prueba la que vulnere el derecho, pero no será la vulneración del derecho el medio utilizado para obtener la prueba, fundamentalmente porque no se puede producir en tanto el imputado no tenga que defenderse de algo, y sólo cuando la prueba sea admitida puede quedar *efectivamente* (como exige la LOPJ, no hipotéticamente) indefenso: para tener necesidad de defenderse es preciso ser atacado. Ni la posible vulneración del derecho de defensa, ni la conculcación del derecho a un juicio con todas las garantías, se hallan en la raíz de la obtención de una prueba ilícita sino que son sus frutos”⁹²⁵.

Continuando con el razonamiento de MARTÍ SÁNCHEZ, a juicio de este último, el término ‘violación’ no es utilizado por dicho precepto, de modo que no basta con actuar desconociendo, o infringiendo un derecho fundamental, a la hora de obtener la prueba; sino que es necesario violentarlo, actuación consistente, frente a alguna opinión, en algo más que obtener la prueba «prescindiendo total y absolutamente de las garantías establecidas». Violar un derecho fundamental supone infringirlo, no cumplir con tal derecho, en tanto que violentar significa forzar, llevar a cabo un comportamiento brusco, con ímpetu, venciendo una resistencia”⁹²⁶. Sin embargo, esta línea argumental me parece forzada, ya que desconoce el modo en que opera una norma de mandato, cuya «inobservancia» basta para estimar configurada la «infracción del

⁹²⁴ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 22.

⁹²⁵ RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 84 s.

⁹²⁶ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 155.

deber» contenido en ella y, por tanto integrar el supuesto de infracción de la prohibición ya que para ello sólo se requiere que el acto pueda ser calificado de «antijurídico en sentido objetivo».

Un ejemplo ilustrativo del hecho que la infracción de derechos fundamentales de carácter procesal se considere una infracción de legalidad ordinaria que vuelve la prueba así rendida en irregular y por ende excluida del art. 11.1 LOPJ, es proporcionado por DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES: “si se da lectura en el juicio oral a un informe pericial, llevado a cabo en el procedimiento preliminar sin que la defensa pudiera intervenir, y sin que ahora el experto esté presente en la vista, es evidente que no se permite la contradicción y se lesiona el derecho de defensa. Hay una lesión de un derecho fundamental y se trata de actividad probatoria, pero no hay prueba ilícita”, porque no hay nexo de causalidad entre el menoscabo y la obtención de dicha prueba, como lo sería el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona. En efecto, según los citados autores, “todos esos supuestos en los que la lesión del derecho fundamental no es la causa de la obtención de la prueba son casos en los que se lesionan los principios que rigen la actividad probatoria –inmediación, contradicción, defensa”, pudiendo eventualmente considerarse dentro de las causas de nulidad de los arts. 238 a 243 LOPJ⁹²⁷.

Así, esta infracción del derecho de defensa en la práctica de la prueba, art. 24.2 CE, “no supone la existencia de ilicitud probatoria del art. 11.1 LOPJ, sino el simple quebranto de las normas procesales que regulan la prueba. Su tratamiento procesal es la nulidad prevista en el art. 238.3, 225.3 nueva LEC. De manera que, si bien el informe pericial (ej, referido a la droga incautada en el registro domiciliario regularmente practicado) llevado a cabo sin contradicción no puede ser tomado en consideración, nada impide que se ordene otro dictamen y, por supuesto, es perfectamente válido el testimonio de los policías que practicaron el registro. Al no entrar en juego el art. 11.1 LOPJ no hay posibilidad de contaminación alguna” (hipótesis de pruebas obtenidas sin lesionar un derecho fundamental, aunque en su llevanza a juicio oral se lesiona otro derecho fundamental, o el mismo que fue restringido)⁹²⁸.

Con todo, a partir de la introducción de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES señalan haberse operado, en el plano de los efectos, una equiparación de ambos regimenes. En su concepto, “la pérdida de la perspectiva de la naturaleza y esencia de la garantía conlleva una degradación en el plano jurídico”. Dado que el TC no admite la existencia de una garantía constitucional procesal, resulta lógico que la misma no surta efectos distintos a los previstos en el art. 238 LOPJ, y que incluso llegue a rebajarse a un plano inferior al de este último⁹²⁹.

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, la inaplicación del efecto reflejo se debería a que “la garantía constitucional de la exclusión de prueba ilícita presenta, habitualmente, una

⁹²⁷ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 22 ss.

⁹²⁸ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 172 s.

⁹²⁹ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 150.

relación previa con la realidad material que no existe en los otros casos” de derechos fundamentales procesales. Éstos, por el contrario, “manifiestan *ab initio* una naturaleza abstracta, desligada de cualquier relación jurídica previa al proceso, que luego, sin embargo, se concreta al exigirse una hipotética relevancia en el resultado del proceso para apreciar la consumación de su lesión”. Mientras en este segundo caso, la relación entre el derecho fundamental procesal y el fondo del asunto no es previa sino de futuro; en el caso de la garantía constitucional de inadmisión presenta una doble relación con la realidad material (lesión de un derecho fundamental sustantivo que permite acceder a una fuente de prueba), previa y también de futuro, pues sólo se lesionará en la medida en que la utilización de la prueba haya tenido trascendencia en el resultado del proceso⁹³⁰.

Por supuesto, esta argumentación debe entenderse desde la particular perspectiva de los citados autores, para quienes la incorporación al proceso de la prueba obtenida con infracción del derecho fundamental sustancial en el plano extraprocesal, sólo lesiona el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías, debiendo esperarse a su consumación mediante un uso efectivo en la sentencia como consumación de la lesión respecto del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En otras palabras, dado el menoscabo de estos otros derechos fundamentales, la garantía de inadmisión requiere un tratamiento sancionatorio distinto, que impida la eficacia procesal de todo lo que sea resultado de la lesión del derecho fundamental, cuestión que exige y justifica la consagración del efecto reflejo a su respecto como cuestión sustancial a la misma, para evitar que la razón de ser de la exclusión de prueba se resienta. En este sentido, por lo mismo, el régimen de nulidad de la prueba irregular no supone una extensión de la competencia del órgano jurisdiccional que sí requiere la prueba ilícita. Esta última, al operar respecto de actos preprocesales, que involucran la lesión de un derecho fundamental sustantivo, el hecho que sea declarada nula, implica reconocer el acto como «inexistente», expresión que permitiría “recalcar la idea de que no cabe tratar de burlar los efectos de la declaración de la nulidad del acto de investigación a través de la «subsanción» o «corroboración» por otros medios”⁹³¹.

Según DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, la protección de la garantía constitucional del art. 11.1 LOPJ “exige al órgano jurisdiccional, como cuestión previa, enjuiciar si ciertas actuaciones han supuesto el menoscabo de un derecho fundamental. Se trata de conductas, como por ejemplo las policiales, que de otra manera permanecerían extrañas al proceso. La garantía constitucional contenida en el art. 11.1 provoca así una extensión de la competencia funcional del órgano jurisdiccional, que el art. 238, art. 225 LEC, no conlleva en ningún caso”⁹³². Mientras la garantía constitucional del art. 11.1 LOPJ exige la privación de eficacia de

⁹³⁰ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 137 s.

⁹³¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 169 s.

⁹³² DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 140 s. Si bien la cuestión de la competencia funcional del Juez o Tribunal es tratado por los citados autores como otra diferencia entre régimen de nulidad del art. 238 LOPJ y el art. 11.1 LOPJ, es pertinente destacar que en nuestro esquema, dado que se trata de un uso indirecto de prueba

ciertos actos procesales constitutivos de la denominada prueba refleja; los arts. 238.3° LOPJ y 225.3° LEC no contemplan tal extensión en virtud del principio de conservación de los actos procesales.

d) *Consideraciones críticas*

i. Desconocimiento de un concepto técnico de admisión de prueba

La degeneración argumentativa que distingue el momento cronológico en que se produce la infracción de derechos fundamentales, a partir de una interpretación en sentido material o procesal, que da lugar a la artificial distinción entre fase «preprocedimental» y «fase procedimental o de investigación preliminar», surge con ocasión de la STC 64/1986, de 21 de mayo, según la cual “la regla de exclusión sólo debe entrar en juego cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, esto es, durante la labor de búsqueda, identificación y recogida de las fuentes probatorias. Por el contrario, los supuestos de vulneración de derechos fundamentales producidos en el momento de la admisión de la prueba o en el de su práctica en el proceso deberán ser reconducidos a la regla de la interdicción de la indefensión, sometidos, por tanto, al régimen de las nulidades de los actos judiciales”.

Según GIMÉNEZ PERICAS, lo que en verdad habría pretendido dicha sentencia es postular “la necesidad de que el solicitante de amparo haya alegado en el proceso la ilegalidad de la obtención de la prueba puntualizando «qué tipo de derechos de los reconocidos en el art. 10.1 de la Constitución han resultado vulnerados, en la obtención de las susodichas pruebas»”. En otras palabras, el autor parece interpretar que la citada sentencia lo que niega es la posibilidad de oponerse a la prueba en el momento de su admisión o práctica, sin haberlo denunciado en el momento de su obtención⁹³³. MIRANDA ESTRAMPES, por su parte, siguiendo a Gálvez Muñoz, explica que la indefensión no es capaz de abarcar todos los supuestos de infracción de derechos fundamentales que pueden efectivamente darse y que la distinción cronológica podría conducir a un absurdo tratamiento diferenciado de una misma lesión de derechos fundamentales⁹³⁴.

A mi parecer, en cambio, la clasificación entre ilicitud «preprocedimental» y «procedimental» se apoya en el más completo desconocimiento de una noción técnica de admisión de la prueba. En efecto, la sentencia se refiere a la infracción de derechos fundamentales producidos en la «admisión al proceso», que como se ha señalado, inicia con la acusación, por lo que en caso alguno puede esbozarse la idea de una «admisión al sumario» como noción del todo *ius novum* para justificar el hecho de que las vulneraciones que se produzcan en la fase de investigación preliminar queden sustraídas al régimen del art. 11.1 LOPJ.

obtenida ilícitamente, debe considerarse un elemento integrante del reconocimiento del efecto reflejo a su respecto.

⁹³³GIMÉNEZ PERICAS, Antonio, “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, op. cit. (n. 106), p. 34.

⁹³⁴MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 55 s.

En mi opinión, habría que identificar qué derechos fundamentales pueden resultar lesionados con la admisión de prueba al proceso en sentido estricto, es decir, con la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad efectuada por el juez a la prueba propuesta por las partes. Lógicamente estos derechos pueden ser sólo dos: frente a una declaración de inadmisión, la parte que pretendía valerse del elemento probatorio, vería afectado su derecho fundamental a la prueba, en los términos que se han puntualizado en el capítulo anterior. Luego, ante una declaración indebida de admisión, la parte en contra de quien pretenda hacerse valer una prueba prohibida (no sólo ilícita), verá entonces afectado su derecho a un proceso celebrado con todas las garantías (o al debido proceso, si se quiere) por cuanto el juez o tribunal no habrá dado cumplimiento a su deber de inadmitir dicha prueba. De ahí entonces que sí tenga sentido someter el régimen de impugnación a las nulidades de los actos judiciales, pero sin desconocer que en el segundo caso, tratándose de una prueba prohibida por ser ilícita, el incumplimiento en la aplicación de la regla de exclusión constituye en sí misma una nueva vulneración directa al derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, con los particulares efectos del art. 11.1 LOPJ.

Por último, esta falta de precisión de un concepto técnico de admisión, repercute negativamente en su tratamiento, en los casos en que la vulneración del derecho fundamental sólo pueda ser apreciado luego de la práctica de dicha prueba. Como se ha visto, en el contexto italiano, la correcta doctrina ha individualizado la violación de una prohibición de admisión que no porque no haya podido ser declarada con anterioridad deja de ser tal, quedando sometida al régimen de inutilizabilidad. En España, en cambio, la prohibición de admisión queda completamente difuminada si ella sólo aparece una vez que la prueba haya sido rendida, sea porque se le considere una ilicitud intraprocesal sometida al régimen general de nulidad; o bien, en palabras de Carmona Ruano, porque en este caso no hay nulidad, sino que “una vez declarada la vulneración constitucional ha de dársele su eficacia lógica que, al menos, habrá de ser la misma que hubiera tenido de haberse apreciado en su momento”⁹³⁵. Como se ve, este último extremo no responde satisfactoriamente al origen *ab initio* del vicio del acto.

ii. Noción de «efecto reflejo»

Más allá de las críticas formuladas al hecho de reducir el ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ a la sola fase preprocesal (*rectius*: preprocedimental), que parece ser todo un sinsentido que en nada se condice con el espíritu y la *ratio* del instituto, la cuestión de fondo es afinar la noción de aquello en que se hace consistir el «efecto reflejo».

Si bien la jurisprudencia mayoritaria sigue la tendencia doctrinal *supra* descrita, en orden a excluir del ámbito de aplicación del efecto reflejo a las pruebas irregulares, lo cierto es que – compartiendo, *a priori*, lo señalado por MIRANDA ESTRAMPES–, la cuestión de la «inutilizabilidad» de dichas pruebas irregulares, no deriva de la aplicación de la doctrina de los

⁹³⁵CARMONA RUANO, M, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que se puede declarar?”, op. cit. (n. 414), p. 99, conclusión 4ª.

efectos reflejos, sino simplemente del reconocimiento de su invalidez e ineficacia y, por tanto, de la imposibilidad de introducir en el proceso los resultados de dichas diligencias. Así expresa que no se trata ni de pruebas derivadas ni de pruebas independientes, sino de medios de prueba que tratarían de introducir al proceso una o varias fuentes de prueba obtenidas mediante la práctica de una diligencia de investigación irregular que la propia jurisprudencia estima nula de pleno derecho⁹³⁶.

Si esta nulidad *ex art. 238.3 LOPJ* es radical e insanable y, por tanto, no produce efectos probatorios, no puede entonces admitirse que los resultados de dicha diligencia probatoria irregularmente practicada puedan ser indirectamente introducidos en el proceso a través de otros medios de prueba, a los que atribuye la condición de autónomos o independientes (por ejemplo, el reconocimiento de los acusados, la declaración de los testigos presentes en la diligencia nula, etc.). Lo contrario es simplemente reconocer plenos efectos probatorios, mediante su convalidación, produciéndose *de facto*, su subsanación a través de un medio de prueba (testifical, pericial, etc.) que aunque se practique en el acto del juicio oral con todas las garantías, tiene su origen en una diligencia calificada de nula, y, por tanto, ineficaz.

El citado autor es enfático al señalar que toda interpretación contraria es «reconocer que esa declaración de nulidad tiene un carácter y alcance puramente formal», todo en abierta contradicción con lo dispuesto por el art. 243.1 LOPJ⁹³⁷. Dicho precepto establece que: «1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad», por lo que a *contrario sensu*, permitiría afirmar que la nulidad puede tener, al igual que la ilicitud, eficacia refleja.

En el mismo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ critica el hecho de que el riguroso alcance de la nulidad se confunda con una asimilación a la doctrina de los frutos del árbol envenenado de matriz americana en circunstancias de que, lo cierto, es que el mismo pertenece al más tradicional de los conceptos de la nulidad de los actos procesales, cuando los mismos interesan a las garantías. Así, agrega que: “No basta, sin embargo, que la inobservancia de la ley acarree la nulidad del acto a que se refiere. Conviene examinar la relación que el hecho otorga con el ulterior desarrollo del proceso. Si hay nexo de relación de los actos sucesivos, es natural que deba seguirse también la nulidad de éstos, hasta donde llegue tal nexo, como en una cadena que resulta interrumpida por la falta de un eslabón intermedio”⁹³⁸.

Creo que lo expresado por el citado autor se enmarca en el enfoque personal crítico que he tenido ocasión de tratar a propósito del principio de no sustitución débil. Ahora bien, para confirmar cuanto hemos sostenido en la sección aludida vale detenerse en el tenor literal del art. 243.1 LOPJ y del art. 185 c.p.p.i. La comparación de ambas normas puede contribuir a patentar la confusión conceptual en que se incurre.

⁹³⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 142.

⁹³⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 84 ss.

⁹³⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, op. cit. (n. 530), p. 240 s.

En primer lugar, es del caso indicar que, a pesar de que se distinga entre nulidad de pleno derecho (art. 238) y nulidad simple (art. 240), las diferencias entre ambas sólo dicen relación con los requisitos establecidos para la configuración de las causales de cada una de ellas, pero una vez verificada la hipótesis respectiva se someten al mismo tratamiento y ello porque, como explica RODRÍGUEZ SOL, “las normas que regulan el proceso penal son por su propia naturaleza imperativas, ya que a través de ellas se articula el ejercicio del *ius puniendi* que corresponde en exclusiva al Estado, y son indisponibles para las partes”. La frecuente oposición entre nulidad de pleno derecho o absoluta y anulabilidad o nulidad relativa, y sus características diferenciadoras, que si bien pueden ser particularmente válidas en el ámbito del derecho privado; en el campo del derecho público, y más concretamente en el del derecho procesal, la distinción se hace mucho más difusa ya que al ser las normas procesales de *ius cogens*, tanto la nulidad absoluta (no subsanable) como la relativa (o subsanable), son apreciables de oficio y en cualquier momento⁹³⁹. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con el régimen diferenciado de nulidad italiano, ambas pueden ser alegadas de oficio o a petición de parte. Dicho tratamiento se encuentra previsto en el art. 243.

Esta última disposición prescribe que: «1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula. 3. El juzgado o tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley. 4. Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales».

El art. 185 c.p.p.i., por su parte dispone: «1. La nulidad de un acto vuelve inválidos los actos consecutivos que dependen de aquél declarado nulo. 2. La nulidad de un acto impone su renovación, siempre que ésta sea necesaria y posible, estableciendo las costas de cargo de quien hubiese dado causa a la nulidad por dolo o culpa grave. 3. La declaración de nulidad comporta la regresión del procedimiento al estado o al grado en que ha sido ejecutado el acto nulo, salvo que se establezca lo contrario. 4. El inc. 3º no se aplica a las nulidades relativas a la prueba».

Del régimen de nulidad italiana deben observarse dos aspectos relativos a la prueba: por una parte, el hecho de que la declaración de nulidad de un acto probatorio no pueda disponer la regresión del procedimiento y, por otra, el hecho de que siempre debe disponerse su renovación en caso que fuese posible y necesaria. Se entiende que tratándose de actos probatorios, el juez debe proceder a su renovación, siempre que ello sea necesario a efectos de la decisión y siempre que la prueba sea repetible, que es precisamente lo que se hace en el caso de prohibiciones probatorias relativas al *quamodo*.

El régimen de inutilizabilidad sólo establece que la misma es alegable, incluso de oficio, en cada estado y grado del procedimiento habiéndose previsto una causal expresa de casación a

⁹³⁹RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, op. cit. (n. 214), p. 55 ss.

estos efectos. La cuestión del efecto reflejo a su respecto se discutió precisamente por no existir una norma como la prevista en el art. 185 para el régimen de nulidad, y como consecuencia de ello hubo de efectuarse una argumentación desde la óptica de la naturaleza misma de la prohibición y de la *ratio* de su existencia. Por ello es que causa extrañeza que en el contexto español frente a la existencia de una norma como la del art. 243, quepa siquiera discutir su procedencia al respecto, sobre todo si se considera que la prueba irregular se haría operar en una fase «intraprocesal» que se hace consistir tanto en la fase de investigación preliminar o sumaria como en el juicio propiamente tal.

En esta línea es que se comprende lo anotado por DE LA OLIVA SANTOS, al explicar que dado que la prueba ilícita se produce fuera del proceso (entiéndase preprocedimental), donde, no hay siquiera consecutividad dentro de una serie de actuaciones concatenadas ni actuaciones ordenadas, todas ellas al mismo fin (como sí lo es el proceso), su valor probatorio era física y metafísicamente independiente de la ilicitud anterior ocurrida al obtener un instrumento de prueba, de modo tal que la privación de los efectos de esta ilicitud extraprocesal requería de una consagración expresa que sólo se explicaría en virtud del fundamento disuasorio en que se basa la regla de exclusión⁹⁴⁰. A pesar de que he criticado esta aproximación al fundamento, el citado autor tiene razón en hacer presente esa supuesta falta de consecutividad a nivel preprocedimental. En efecto, éste era uno de los argumentos esgrimidos en Italia para desconocer efectos reflejos o una inutilizabilidad derivada, precisamente porque no existía una regla como la del art. 185 c.p.p.i. o 243 LOPJ.

En esta perspectiva y considerando la línea argumentativa desarrollada por DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES en orden a que en caso de infracciones a derechos fundamentales en fase de investigación preliminar sometidas al régimen de nulidad del art. 238 LOPJ, ello se explicaría por manifestar *ab initio* una naturaleza abstracta, desligada de cualquier relación jurídica previa al proceso, se muestra un sinsentido, puesto que es esta fase precisamente por su contacto con la realidad material la que por definición representará una virtualidad previa al proceso en conexión con el futuro.

Una segunda cuestión totalmente diferente es el tema de la «subsanción» y la «convalidación». En lo que respecta a la «subsanción», la ley no regula directamente, en sede de nulidad, el modo en que se debe proceder a la subsanción. Sólo existen dos casos generales expresamente regulados: uno tiene que ver con el cumplimiento de los plazos procesales regulado en el art. 242 LOPJ según el cual: «Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo»; y otra en el art. 242.2 relativa a los actos procesales de las partes que, en conformidad con el número 4 de la misma norma, implica que los actos procesales de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley y siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplirlos, deben ser subsanados en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales. Según el art. 11.3 LOPJ, las peticiones formuladas por las partes sólo pueden ser

⁹⁴⁰DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, op. cit. (n. 112), especialmente, p. 196.

desestimadas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en la ley. Ahora bien, si se observan los casos de subsanación específicos regulados por la ley (a vía ejemplar los arts. 254; 264 y 269; 399 y 405; 275; y 449 todos de la LEC) no se advierte la más remota posibilidad de ser aplicable en materia de prueba. Aún más, como señala RICHARD GONZÁLEZ, “la aplicación de este principio no autoriza, sin embargo, a la presentación fuera de plazo de documentos, alegaciones o recursos, que están sujetos al principio de preclusión”⁹⁴¹, y la prueba –su proposición y rendición– se encuentra ciertamente regida por dicho principio.

Explicado lo anterior, parece ser que en materia de prueba, en el contexto español se efectúa una subsanación vía principio de conservación de los actos procesales, en circunstancias que la primera opera en lugar de la declaración y la segunda luego de la declaración de nulidad. Así lo que parece advertirse es que se procede a la declaración de nulidad y luego, guiados por este principio, se lleva a cabo una ponderación entre el defecto cometido y la extensión limitada de sus efectos únicamente al acto de investigación que coincide con el acto probatorio, dejando fuera a las otras fuentes obtenidas en virtud del primero: de ahí que se hable de «convalidación» del acto de investigación/probatorio declarado nulo mediante el recurso de dejar subsistentes las otras fuentes y por ende los otros medios de prueba que surgen de ellos.

Desde esta última constatación es que surge la arista expuesta por MIRANDA ESTRAMPES, frente a la cual me permito indicar que si bien tiene razón en el fondo, no la tiene en sentido nominal. La introducción indirecta u oblicua de las otras fuentes de prueba generadas en el acto de investigación declarado nulo no es una manifestación del efecto reflejo, sino propia de la infracción en sí misma, esto es del modo en que funciona una regla técnica. He indicado cómo es que las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba tienen una naturaleza jurídica intrínseca de reglas técnicas, que imponen la carga de seguir un determinado procedimiento para la obtención de un fin. De este modo el despliegue de un registro domiciliario generalmente tendrá por objeto lograr la aprehensión de evidencias materiales, pero su desarrollo sostenido precisamente por «personas» conlleva inherentemente el surgimiento de esas otras fuentes de prueba: testigos de la diligencia cuyo testimonio no «deriva» de la diligencia sino que se «origina» directamente en ella. De ahí que la declaración de nulidad de la diligencia no pueda reducirse únicamente al medio probatorio documental en que la misma se haga constar, sino que debe aplicarse a todas las fuentes de prueba que la misma intrínsecamente tenía la pretensión de obtener.

Como consecuencia de ello, el efecto reflejo tiene otro contenido que alude a la privación de todo efecto de la prueba así obtenida y que, como se ha explicado radica en el hecho de que la información obtenida por su intermedio no pueda ser utilizada a conducir la investigación respecto de una nueva fuente de prueba. De esta forma, en el caso del registro domiciliario, sea que se aplique el art. 11.1 LOPJ o el art. 238.3 LOPJ, no puede admitirse la declaración de los

⁹⁴¹ Cuanto anotado corresponde a un extracto de RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, op. cit. (n. 882), p. 88 a 92.

policías u otros testigos que hayan presenciado la diligencia. Sin embargo, si con ocasión del registro se obtuvo un apodo y concluido el registro se termina por ubicar a la persona que responde al mismo resultando ser un testigo clave; en el primer caso debido al efecto reflejo propio de la prueba ilícita, su testimonio no podría en principio admitirse; en cambio, en el segundo caso, dicha información debería reconocerse como utilizable, porque a su respecto no existe una prohibición de uso de tal información.

iii. Inexistencia de una noción autónoma de reglas de asunción de la prueba

Una última consideración crítica pasa por advertir que –en general– no existe consciencia sobre la operatividad de prohibiciones probatorias de asunción de prueba en fase de juicio y ello, en parte, debido a que la cuestión de la separación funcional de las fases no tiene la fuerza con que ésta es concebida en el contexto italiano. Esta constatación hace que el «principio de contradicción fuerte» en la formación de la prueba previsto en este ordenamiento sea en todo caso envidiable.

Si bien parte de la literatura apunta intuitivamente a ello, proponiendo a que la naturaleza jurídica del derecho fundamental causante de la aplicación del art. 11.1 LOPJ se extienda a aquellos de carácter procesal, me parece que no se han encuadrado todos los beneficios que ello podría traer al esquema español. En efecto, si retomamos el ejemplo del informe pericial –que en España se concibe como un acto de investigación sujeto exclusivamente a la legalidad ordinaria (acto de investigación no garantizado)– de cuyo contenido se da lectura en juicio oral, sin la comparecencia del perito y sin que la defensa haya participado en fase preliminar, ocurre que una interpretación amplia del término «prueba obtenida» conduciría a afirmar que la misma está siendo adquirida por el tribunal con infracción de un derecho a un proceso celebrado con todas las garantías que por aplicación del art. 11.1 LOPJ debiese ser considerado un error *in procedendo* cuya configuración no debería hacerse depender de su trascendencia procesal en la motivación de la sentencia, puesto que la misma constituiría prueba de adquisición/rendición prohibida.

De ahí que sea relevante el modo en que se interpreta la expresión «prueba obtenida» y que en concepto de ASENSIO MELLADO no debiese circunscribirse a la noción de «fuente» sino que debiese entenderse referida a toda actuación que se realice sobre tal fuente y el propio resultado de dicha labor, asimilándose consecuentemente con una inclusión de la práctica del medio probatorio. Se trata entonces de interpretar la expresión «obtención» como toda labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso⁹⁴². Con todo ha de prevenirse que el citado autor excluye la lesión de derechos fundamentales de carácter procesal del ámbito de operatividad del art. 11.1 LOPJ, por lo que tal afirmación habría de leerse en clave referida a los casos en que la ilicitud de la prueba, por el motivo que sea no haya podido ser declarada antes del juicio. Desde su perspectiva, además, de ello derivaría el grave error de reducir la prueba ilícita a una mera prohibición de valoración: el que la prueba ilícita opere en el

⁹⁴²ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 82.

momento de la obtención de las fuentes de prueba, no significa que los medios sean independientes de la fuente. De este modo, declarada o conocida la ilicitud de una fuente el medio no puede ser incorporado, aún cuando se practique conforme a sus exigencias constitucionales y legales, ya que de lo contrario se terminaría por anular los efectos de la prueba ilícita. Luego, reducirla a una mera prohibición de valoración, significaría, por una parte, confundir siempre la fuente con el medio, dado que lo valorado en todo caso es siempre esto último en tanto sujeto a requisitos determinados; y, por otra, ignorar que la prueba ilícita afecta a la obtención de las fuentes trasladando la nulidad al medio practicado, con lo que, se termina por confundir dos categorías jurídicas, la prevista en el art. 11,1 LOPJ y la derivada de la garantía del derecho a la presunción de inocencia⁹⁴³.

Estando plenamente de acuerdo con las críticas formuladas a la concepción de una mera prohibición de valoración, si bien cuanto señalado es a todas luces correcto y, en parte, coincidente con la que hemos apuntado como la correcta doctrina en el contexto italiano, de todos modos parecería ser conveniente hipotizar el reconocimiento de prohibiciones de asunción en sentido estricto referidas al incumplimiento de determinadas garantías procesales. Esto, sobre todo, si se tiene presente que en España, el régimen de ineficacia de los actos procesales es una materia que carece de una teorización general y en virtud de sus numerosas modificaciones, el panorama se vuelve enmarañado y confuso para todos los operadores del derecho⁹⁴⁴.

En lo que respecta entonces al reconocimiento de prohibiciones de asunción o rendición de prueba, es conveniente traer a colación la misma interpretación amplia que el citado autor sostiene respecto de la expresión pruebas obtenidas, esto es, referida tanto a las fuentes como a los medios de prueba propiamente tales. Si se piensa en la declaración de un testigo, y se distingue su persona en cuanto fuente y su testimonio en cuanto medio, resulta que la obtención de este último bien puede efectuarse infringiendo garantías procesales, cuyo efectivo cumplimiento –por la trascendencia del derecho fundamental de libertad en juego en el proceso penal– debiesen estimarse particularmente relevantes en dicho contexto. Por ende, no es que todas y cada una de las garantías procesales hayan de estimarse representación forzosa de la infracción de un derecho fundamental procesal, en modo de enarbolarse una supuesta «constitucionalización» total de aquéllas; pero sí de reparar en el hecho de que la infracción de algunas de ellas también debiese suponer un régimen de ineficacia de mayor entidad. Me

⁹⁴³ Así se deduce de lo expresado en ASENSIO MELLADO, José María, *“Prueba ilícita: declaración y efectos”*, op. cit. (n. 338), p. 6 y 18 ss.

⁹⁴⁴ Patentiza esta situación, PEREIRA PUIGVERT, Silvia, *La ineficacia de los actos procesales. Sistematización y aclaración de conceptos*, op. cit. (n. 231), *passim*; VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *“Tratamiento de la prueba ilícita”*, op. cit. (n. 134), p. 239, “Esta insuficiencia en la regulación normativa de la invalidez de las pruebas, o en general, de los actos procesales en el ámbito del proceso penal se ha traducido en una considerable inseguridad en el tratamiento jurisprudencial de la materia, hasta el punto de que puede afirmarse que aun hoy no están definitivamente fijados los contornos en los que debe desenvolverse el tratamiento de la prueba ilícita, como demuestran los diferentes criterios al respecto utilizados por el Tc y el TS en algunos casos para fijar el alcance de las pruebas que acompañan a otras declaradas ilícitas”.

refiero a aquellas garantías procesales sin las cuales no cabría jamás afirmarse estar frente a «auténticas pruebas», cuestión que profundizaré en el capítulo final.

En este contexto, en lo que atañe al régimen de ineficacia y sus complejidades, en cuanto extraña al ordenamiento español, me permito únicamente hacer dos observaciones pertinentes en esta sede: una tiene que ver con la modificación del art. 238.3 LOPJ en virtud del art. Único 55 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre⁹⁴⁵ y la otra, directamente relacionada, con la modificación introducida al párrafo 1 del numeral 1º del denominado incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ por la disposición final 1 de la LO 6/2007, de 24 de mayo⁹⁴⁶.

En lo que respecta a la primera disposición, su redacción inicial era disponer la nulidad de pleno derecho: «Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas procesales esenciales del procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión». Como explica RICHARD GONZÁLEZ, “se distinguían así dos clases de infracción procesal determinantes de la nulidad de pleno derecho: – la infracción de las normas esenciales del procedimiento y – la infracción del principio de tutela judicial efectiva con efectiva indefensión”. La primera se trataba de una hipótesis de nulidad objetiva cuya infracción debía ser manifiesta y la segunda una nulidad subjetiva en que la infracción debía provocar la indefensión de la parte. Se criticaba por el hecho de que tratándose de una nulidad de pleno derecho, dejara entregado sus presupuestos al criterio y apreciación judicial, sobre todo en el primer caso puesto que no se indicaban cuáles normas debían considerarse esenciales.

La nueva redacción de la norma establece la nulidad de pleno derecho: «Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión». Según el citado autor, la intención del legislador habría sido simplificar las dos hipótesis aplicativas, pero extrañamente interpreta que ambas en todo caso se mantienen en forma separada, ya que el circunloquio «siempre que, por esa causa», debiese entenderse en lugar de la antigua conjunción copulativa «y».

De este modo la novedad es que por una parte, ya no contendría la hipótesis de nulidad objetiva por infracción de normas (como sí lo serían los otros numerales del art. 238 donde no se requiere indefensión efectiva) y por otra, no interesaría el carácter esencial de la norma sino que basta que se haya producido efectiva indefensión; y, por último, la indefensión no debe necesariamente obedecer a una infracción de norma procesal, sino que la misma puede traer su causa en una situación de hecho o en la incorrección del criterio judicial. Estima que en todo caso, exigir indefensión efectiva es una redundancia puesto que la apreciación de una vulneración de derechos fundamentales exige el perjuicio efectivo de la parte, cuya determinación no puede hacerse depender de que el resultado de fondo se hubiese igualmente producido sin el vicio. Luego, existiendo efectiva indefensión, este motivo de nulidad se

⁹⁴⁵ LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en «BOE» N° 309, de 26 de diciembre de 2003, p. 46025 a 46096 (72 págs.)

⁹⁴⁶ LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicada en «BOE» N° 125, de 25 de mayo de 2007, p. 22541 a 22547 (7 págs.).

insertaría en el sistema de protección de los derechos fundamentales de orden procesal que exige su denuncia tan pronto como fuese conocida y posible y el mantenimiento de la impugnación durante toda la vía del recurso ordinario y extraordinario (art. 459 y 469.2 LEC). “También, en su caso, mediante el incidente excepcional de nulidad de actuaciones que podrá fundarse en la vulneración de cualquier derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE (arts. 14 a 29)”.

Por último, el citado autor explica que el caso de infracción objetiva, fuera de las hipótesis de los restantes numerales del art. 238, debiese reconducirse a la nulidad simple del art. 240, ya que dicha disposición no precisa de una expresa referencia a la nulidad en la norma que lo regule, sino que basta con que el criterio judicial aprecie la existencia de una nulidad en base a los dos parámetros que ella establece: ausencia de requisitos esenciales para alcanzar su fin o que determine efectiva indefensión. “De modo que cualquier infracción procesal puede conducir a la nulidad del acto, cuando se aprecien las circunstancias expuestas y no proceda la subsanación”⁹⁴⁷.

En lo que se refiere a la modificación introducida al incidente excepcional de nulidad de actuaciones, se cambia un tradicional paradigma relativo a la convalidación de la prueba ilícita o irregular a través de la firmeza de la sentencia, ya que el art. 241.1 LOPJ, ahora dispone un remedio procesal –un recurso de amparo ordinario– para la denuncia de la infracción procesal fundada «en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución». Es decir, ya no referido exclusivamente a la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento, y que cabe precisamente en contra de las resoluciones que hubiesen adquirido firmeza, con el objeto de dar desarrollo legislativo a dicha disposición constitucional, con el fin de «otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de derechos fundamentales» (Exposición de Motivos). Esto siempre que la infracción procesal no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Según RICHARD GONZÁLEZ si bien tal incidente puede ser operativo respecto de derechos fundamentales sustanciales no hace lo propio con los de carácter procesal, porque éstos requieren un tratamiento jurídico diverso debido a que se originan en el mismo proceso con independencia de su origen y contenido.

En mi opinión, la lectura efectuada por el citado autor a la modificación del art. 238.3 LOPJ termina por reelaborar completamente el sentido de la norma, en oposición a su claro tenor literal. Me parece que la norma alude a una única hipótesis de «prescindencia» de normas esenciales cuya inobservancia «pueda» provocar indefensión. Me parece que con ello se ha pretendido que la lesión de derechos fundamentales de carácter procesal sea considerada en sí misma suficiente para tener relevancia constitucional, sin que su configuración se haga depender de un resultado como lo sería la efectiva indefensión. Se trataría de aquellas normas que en abstracto han sido dispuestas para evitar situaciones de indefensión, por su potencial

⁹⁴⁷Cuanto anotado corresponde a un extracto de RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones*, op. cit. (n. 882), p. 58 a 72.

capacidad disruptiva, pudiendo considerarse prohibiciones. Esto ocurriría con ocasión de la prueba, en que bastaría la sola infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa para entender configurada –en mi opinión– una lesión a la prueba practicada con todas las garantías, como cuestión autónoma integrante del núcleo esencial a un proceso con todas las garantías y no dentro del derecho a la presunción de inocencia. Creo que de esta forma la norma podría tener mucho rendimiento para dotar al contradictorio de la fuerza de que carece en la actualidad. Se trataría de vicios objetivos que apuntan a las garantías procesales que giran en torno a la prueba y que tiene la virtud de desconectarlo de los resultados de fondo del proceso y de contener el criterio judicial que podría desplegarse en la apreciación de una efectiva hipótesis de indefensión. Me parece entender que con ello se relativizaría la tradicional afirmación de que los derechos fundamentales de carácter procesal del art. 24 CE, se originan siempre en el mismo proceso con independencia de su origen y contenido, puesto que en materia de prueba su origen sí se conectaría con una realidad material previa a la fase de prueba en sí misma que por ende merita un tratamiento similar a aquel previsto para las infracciones de lesiones de derechos fundamentales sustanciales. Ello además asumiendo que una tal distinción sea a estas alturas sostenible.

Luego, dado que ambas disposiciones, esto es, tanto el art. 11.1 LOPJ como el art. 238 LOPJ, deben ser consideradas a su vez garantías procesales, cuya aplicación se impone como un deber para el juez, su respectiva infracción siempre sería susceptible del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por constituir una infracción del art. 24.2 CE.

Capítulo Cuarto

«ESPECIAL» FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA, SUPUESTO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

SUMARIO: I. Recapitulación conclusiva de las consideraciones críticas en orden al régimen de exclusión de prueba ilícita. II. «Democracia en el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho» como metafundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita: 1. Redefinición del concepto de «democracia»; 2. Redefinición del concepto de «soberanía popular». III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales en el paradigma del Estado democrático de Derecho: 1. «Principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo»: a) Exigencia impuesta desde la teoría política (jurídico-constitucional) de «Democracia jurisdiccional»: i) Legitimidad de las decisiones judiciales; ii) Redefinición del concepto de «prueba»: respeto de los derechos fundamentales como requisito «esencial» del concepto de prueba: a) Exigencia impuesta desde la teoría jurídica de la divergencia entre «validez» y «vigencia»: i) Redefinición de la dogmática jurídica en el paradigma constitucional; ii) Redefinición del «juicio de validez» de los actos probatorios; iii) Adecuada concepción del «juicio de ilicitud»; c) Consecuencias teóricas y prácticas del cambio de enfoque: i) Determina el establecimiento de una norma de mandato dirigida al Juez: regla de exclusión; ii) Otorga a su «efecto» la naturaleza jurídica de «sanción» y determina un alcance «total» y «expansivo» del mismo; iii) Evita que la aplicación de la norma de mandato sea considerada un «límite» al derecho fundamental a la prueba; iv) Esclarece la ubicación procesal en que debe tener lugar el «juicio de licitud»; 2. «Principio de no condena de inocentes»: a) Configuración y contenido del «principio de no condena de inocentes»: i) Función ética del «principio de no condena de inocentes»; ii) Función epistemológica del «principio de no condena de inocentes»; b) Interpretación particular de los principios iure et in iure involucrados: i) Principio de presunción de inocencia como regla estructural del procedimiento en relación al principio de imparcialidad del tribunal; ii) Principio de contradicción e inmediatez en relación al principio de defensa; 3. Naturaleza jurídica de la especial regla de exclusión de prueba ilícita: a) Regla de exclusión como garantía secundaria de cada derecho fundamental; b) *Regla de exclusión como garantía primaria del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías*. IV. Conclusiones finales.

I. Recapitulación conclusiva de las consideraciones críticas en orden al régimen de exclusión de prueba ilícita

En los capítulos precedentes se han ido evidenciando los problemas que presenta la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita que, –desde la óptica del «derecho vivo»–, parece permitir afirmar que no obstante la «vigencia» normativa de las disposiciones que la consagran en los ordenamientos jurídicos de referencia; hacen que la misma no tenga la «eficacia» pretendida a través de su establecimiento, y que en prospectiva hagan que incluso llegue prácticamente a negarse su existencia. A continuación recapitulo las observaciones surgidas en esta investigación:

1. La técnica legislativa consistente en la consagración de reglas de exclusión «subordinadas» o «no autónomas», ha venido paulatinamente imponiéndose como norma de cierre [no sólo] en los ordenamientos jurídicos de referencia, como refuerzo de la categoría

general relativa a las «prohibiciones establecidas en la ley». Esta categoría a su vez, posee particular relevancia desde la óptica de la categoría general concretada en las pruebas obtenidas con violación de derechos o libertades fundamentales. Mientras esta última goza de reconocimiento normativo expreso en el art. 11.1 LOPJ; en el sistema italiano se formula a partir del art. 189 c.p.i. desde la premisa de que toda injerencia en los derechos fundamentales ha de encontrarse explícita y concretamente regulada en la ley, deduciendo el principio general de que toda injerencia no expresamente establecida ha de considerarse prohibida.

2. En ambos ordenamientos se presentan dificultades en torno al modo en que el juez o tribunal ha de efectuar la identificación de una prohibición probatoria. En este sentido el análisis de la *ratio* de la norma dirigida a la protección de valores o intereses superiores que han de prevalecer sobre los fines epistemológicos del procedimiento constituye el criterio más idóneo a tal fin. En este sentido, el marco español carece de una adecuada consciencia de este extremo, no sólo por omitir un debido análisis de la norma del art. 283.3 LEC, sino también por mantenerse enraizado en un criterio formalista que concibe la existencia de prohibiciones únicamente en los casos en que éstas se encuentran expresamente formuladas en sentido prohibitivo. Los inconvenientes de esta concepción formalista repercuten con más fuerza en la artificial construcción relativa a la distinción entre ilicitud extra e intraprocesal, basada a su vez en la distinción entre infracciones de legalidad constitucional y legalidad ordinaria, desde la cual se hace surgir la categoría de «pruebas irregulares». Respecto de estas últimas, el contexto español parece desconocer la existencia de normas de desarrollo de derechos fundamentales a nivel de legalidad ordinaria, cuya infracción constituye, por esa circunstancia, una violación del derecho fundamental en sí mismo.

3. A pesar de que en ambos ordenamientos la imposición de la no consideración de «prueba ilícita» proviene de la posición preferente de los derechos fundamentales en el sistema jurídico exigida en un Estado de Derecho, en el proceso de identificación de la prohibición probatoria que sirve de supuesto a la aplicación de la regla de exclusión, se introducen «criterios de ponderación» que reconocen una tensión entre el valor o interés superior que se pretende tutelar –en este caso, la tutela de derechos fundamentales– y el objetivo epistemológico del proceso en su búsqueda tendencial de la «verdad» en conexión con el derecho fundamental a la prueba. En este ámbito, me parece que se da una confusión entre dos planos, una cosa es el «juicio de proporcionalidad», entregado a la discreción (no arbitraria) del tribunal para establecer cuándo una injerencia en los derechos fundamentales ha sido legal y constitucionalmente procedente; y otra es la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita. Una vez determinada la lesión de un derecho fundamental, la aplicación de la regla de exclusión subordinada es imperativa porque obedece a un proceso de «subsunción» que no admite juicios de ponderación.

4. En íntima relación con lo anterior, me parece advertir que el origen de este equívoco no sólo se halle en la constante atención que aún se mantiene respecto del sistema norteamericano, sino en la pérdida de consciencia de las bases técnicas que fundamentan la consagración de una prohibición que acompañe al régimen general de invalidez. El efecto disuasorio del primero, no tiene nada que ver con el efecto disuasorio propio de las reglas técnicas que dan lugar a la invalidez de los actos, que es el que precisamente se pretende fortalecer a través de la incorporación de una prohibición para intensificar el régimen de ineficacia. Esta última ha sido determinada *a priori* por el legislador, sin que la jurisprudencia pueda interferir mediante la creación de parámetros ponderativos no expresamente establecidos. Como se ha dicho, el criterio del poder instructorio; la pretensión de instaurar excepciones basadas en la buena fe, el error o la culpa; así como el descubrimiento inevitable (que en el fondo son criterios ponderativos) desconocen la naturaleza objetiva del «juicio de ilicitud» relativo a la antijuridicidad de la conducta de base.

5. En lo que respecta a las cuestiones de orden procesal, teniendo presente que el objetivo de ambos ordenamientos es sustraer la prueba prohibida del conocimiento del tribunal, ocurre que ninguno de los dos cumple cabalmente esta pretensión. Ciertamente el sistema italiano presenta una evolución más rica y fructífera por el rigor con que la dogmática ha ido delineando los contornos de las prohibiciones de admisión y de asunción de prueba, pero creo que el talón de Aquiles ha sido el modo con que la jurisprudencia ha ido a su vez desperfilando la inutilizabilidad como especial causal de invalidez, haciendo que un vicio *in procedendo* termine por transformarse en un vicio *in iudicando*. Es este extremo el que hace que el tratamiento *ad hoc* de la prueba prohibida, termine por funcionar de un modo muy similar a cómo la cuestión se desarrolla en el sistema español.

A mi juicio, tal degradación obedece nuevamente al abandono de las aproximaciones críticas que desde una perspectiva técnica reclamaban tener presente que la efectiva consideración de tales elementos era incontrolable, por operar precisamente en fase de decisión (detalle este último que por lo demás no es adecuadamente desarrollado en el sistema español). Es cierto que, en puridad, la influencia psicológica del juez, fracasado el filtro de la regla de exclusión por los motivos que sean, sólo pudiese efectivamente lograrse exigiendo una declaración expresa del tribunal en orden a la ilicitud de la prueba y su consecuente inhabilitación para seguir conociendo de la causa. También es cierto que una tal solución podría ser impracticable por una serie de cuestiones operativas y económicas, pero, justamente por ello, un debido contrapeso pasa necesariamente por reconocer al vicio el carácter de un vicio *in procedendo* que no pueda ser sometido a criterios de trascendencia *in iudicando*.

Como se indicó desde el inicio, me parece que buena parte de cuanto anotado, obedece a una insuficiente determinación del fundamento axiológico de la prueba ilícita, que conlleva a adoptar decisiones inadecuadas en orden a su naturaleza jurídica y consecuentemente en su régimen de efectos y tratamiento procesal.

Tal como se anticipó en la introducción de esta investigación me parece que esta «divergencia deóntica» relativa al binomio «vigencia-eficacia», debe intentar ser superada a

través de un método axiológico que se muestre idóneo para resolver satisfactoriamente la cuestión acerca de su *deber ser*. Esta «perspectiva externa» al sistema jurídico, permitiría situar la discusión en el campo de las disciplinas que efectivamente poseen las competencias para resolverla. A mi juicio, se trata de acudir a los enfoques proporcionados por la filosofía ético-política y por la teoría jurídica de la democracia constitucional.

II. «Democracia en el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho» como metafundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita

De la aplicación del método axiológico resulta que el fundamento particular de esta especie de regla de exclusión implica interrogarse acerca de cuál es el *principio* que la vuelve prescriptiva que, –como se ha visto– no se encuentra dentro de los principios actualmente constitucionalizados «*principia iure et in iure*, –que es el modo en que los enfoques tradicionales han pretendido identificarlo; fracasando en una adecuada interpretación de éstos, justamente por la ausencia de la individualización de un especial criterio prescriptivo–, que, de haberlo, debe buscarse en el ámbito de los *principia iuris tantum*.

Diré desde ya, que en esta tesis se sostendrá un doble fundamento de esta regla de exclusión de prueba ilícita, a saber: el «principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo» y el «principio de no condena de inocentes», que si bien se encuentran directamente implicados; están referidos a estadios distintos, que es lo que merita que se planteen en forma separada, como se tendrá ocasión de explicar.

Ambos, en todo caso, «derivan» del concepto de «Democracia en el paradigma constitucional» como una especie de «meta-fundamento». Es a él al que debe entenderse hecha la referencia que la doctrina efectúa al fundamento de la regla de exclusión en el concepto mismo de Estado de Derecho y que, por ello, debe esclarecerse para efectuar una adecuada lectura de los *principia iure et in iure*, en que cada ordenamiento lo ha hecho consistir.

Se dice que «derivan» y se habla de «especie de meta-fundamento», simplemente a efectos pedagógicos; porque, en realidad, forman parte de la esencia misma de «Democracia». De ahí que, –para iniciar su desarrollo–, primero deba efectuarse una breve referencia a esta última⁹⁴⁸, sobre todo porque las tesis planteadas a su respecto incidirán en la resolución de los nudos críticos ventilados en los capítulos precedentes, cuya propuesta de solución se presentará a modo de respuestas concatenadas.

Para precisar estos dos aspectos, se requiere forzosamente comprender, ante todo, el método en sí mismo; y ello, demanda manejar su génesis en el marco de la teoría general del derecho en base al paradigma constitucional de FERRAJOLI, que –como se ha indicado desde la

⁹⁴⁸ Tal como se hecho en n. 949, a efectos de evitar continuas citas, la síntesis ofrecida, será efectuada sobre la base de FERRAJOLI, Luigi, “*Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías*”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, op. cit. (n. 3), p. 71-115.

presentación— es la guía metodológica que se ha seleccionado para la construcción de la teoría jurídica general de la regla de exclusión de prueba ilícita pretendida en esta tesis⁹⁴⁹.

1. Redefinición del concepto de «democracia»

FERRAJOLI inicia su teoría haciendo presente la necesidad de abandonar un concepto meramente «formal» de «democracia» que la identifique únicamente con las *formas* y *procedimientos* adecuados para garantizar que las decisiones alcanzadas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular (sufragio universal y del principio de la mayoría). Esta noción, basada en la «autonomía» de la «voluntad popular», si bien puede considerarse una *conditio sine qua non* de la «democracia»; no podría, sin embargo, entenderse suficiente para reconocer su existencia concreta. Al contrario, según el citado autor, se requiere que la definición de democracia comprenda la idea de límites y vínculos «sustanciales» o de «contenido» como son, típicamente, los derechos fundamentales.

Una diversa interpretación, redundaría en insoslayables aporías que se manifiestan en la falta de alcance empírico que presentaría una noción «formal» que, por ende, carecería de capacidad explicativa, ya que —en efecto—, no permitiría dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, en que —afortunadamente—, no basta con que el pueblo ejerza los poderes públicos, de cualquier modo. Viceversa, en el paradigma del Estado de Derecho, el poder del pueblo no es absoluto ni ilimitado, ya que no se admite la existencia de poderes no sometidos a la ley. Todos los poderes públicos se encuentran sometidos a la ley, incluido, el poder legislativo, que se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas (que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría); sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales.

Aquí despliega todo el pragmatismo de su teoría constitucional: los derechos fundamentales recogidos en las constituciones rígidas, no pueden ser concebidos como un límite heterónimo a la dimensión política de la democracia, ya que de este modo —en cuanto límites tendencialmente «insaciables»— correrían el riesgo de convertirse en su negación. Con todo, aún cuando quisiese considerárseles como límites, ocurre que éstos tendrían un carácter «sustancial», en el sentido de ser *necesarios* para la supervivencia de cualquier democracia, por encontrarse referidos —precisamente— a la fijación de un contenido legítimo de las decisiones del poder público.

Que sean considerados un requisito «necesario» para la propia subsistencia de la «democracia», se explica en el hecho que con métodos formalmente democráticos es posible que se supriman, —por mayoría— los propios métodos democráticos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los derechos políticos, el pluralismo político, la

⁹⁴⁹ A efectos de evitar continuas citaciones, se hace presente que la síntesis explicativa de la teoría del derecho en el paradigma constitucional elaborada por Ferrajoli, será efectuada sobre la base de FERRAJOLI, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, op. cit. (n. 3), p. 25-69.

división de los poderes, la representación; en otras palabras, todo el sistema de reglas que constituye la democracia política. De aquí que cuando una condición, se considere «necesaria», se convierta en un requisito «esencial» y por tanto, deba necesariamente incluirse como condición *sine qua non* en la definición del término en cuestión.

De todo lo anterior, se sigue, entonces, un concepto de «democracia jurisdiccional» predicable de la actividad pública desempeñada por los Tribunales de Justicia, cuyos actos o, – más precisamente– , el contenido de sus actos sólo serán válidos en la medida que se conformen sustancialmente con el respeto de los derechos fundamentales constitucionalizados.

2. Redefinición del concepto de «soberanía popular»

Por otra parte, el paradigma de la democracia constitucional obliga a compatibilizar la noción literal de «soberanía popular», (tal como se encuentra consagrada en el art. 1° de la Constitución italiana [«La soberanía pertenece al pueblo»] y en el art. 2° de la Constitución española [«La soberanía nacional reside en el pueblo español»]); a través de un nexo estructural entre «democracia» y «constitucionalismo». Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. El modo de hacerlo, redundando en la imposición de «límites» y «vínculos» a los poderes de la mayoría: esto es, la estipulación constitucional de derechos fundamentales y de sus respectivas garantías, en cuanto normas no ya formales, sino sustanciales, destinadas a condicionar la validez de dichas decisiones en términos contenutísticos.

De este modo, la «soberanía popular», además de su significado literal, en cuanto principio de legitimación en negativo de la democracia política, referido a que la «soberanía popular pertenece al pueblo y sólo en el pueblo»; esto es, como equivale a una *garantía negativa* en cuanto prohibición de usurparla; tendría un segundo significado en el paradigma de la democracia constitucional, y que estaría constituido por su nexo con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

En este último sentido, la fórmula «la soberanía popular pertenece al pueblo» quiere decir, por tanto, que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, a todas y cada una de las personas que componen el pueblo, y ello, en cuanto suma de poderes y contra poderes representado precisamente por todos los derechos políticos, civiles, sociales y de libertad, que la constitución estipula como derechos fundamentales. Por eso, estos derechos son, para cada persona, fragmentos de la soberanía de todo el pueblo y cualquier violación a su respecto no puede estimarse sólo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación a la propia soberanía popular.

III. «Fundamento» de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales en el paradigma del Estado democrático de Derecho

1. «Principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo»

a) *Exigencia impuesta desde la teoría política (jurídico-constitucional) de «Democracia jurisdiccional»*

i. Legitimidad de las decisiones judiciales

Sobre la base del concepto de «democracia», plausible sólo en referencia al respeto de los derechos fundamentales del individuo como contenido de los «actos públicos», ocurre que la misma pasa a ser exigible respecto de los actos de la «jurisdicción», entendida ésta como la potestad, derivada del Estado (soberanía popular), de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable las controversias que ante ella se ventilen, siendo ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.

Luego a dicha definición de jurisdicción, debiese añadirse a modo de frase sacramental: «en estricto respeto de los derechos fundamentales», que por obvia y descontada, igualmente justifica dedicarle esta investigación.

En efecto, como ya pone de manifiesto ANDRÉS IBÁÑEZ, se trata de la relación «saber-poder» siempre en estrecha implicación, ya evidenciada por FOUCAULT, y que hoy recobra todo su potencial en el debate de diversas materias, gracias a la agudeza de la teoría de FERRAJOLI. En efecto, en el ámbito español, el análisis de la «perspectiva externa» desde el prisma de la «democracia jurisdiccional» ha sido adoptada –en términos expresos, como metodología interpretativa– por IGARTUA SALAVERRIA y por el citado ANDRÉS IBÁÑEZ; mientras el primero lo ha hecho con el fin de justificar la reconducción del principio de libre valoración de la prueba a una exigencia de razonabilidad que debe ser patentada en la motivación de las decisiones en sede penal; el segundo ha extendido su rendimiento, precisamente, al fundamento de la exclusión de prueba ilícita en sede penal⁹⁵⁰. En Italia, en cambio, –de cuanto revisado–

⁹⁵⁰ IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, op. cit. (n. 53), p. 65-94. También en materia de motivación de la decisión judicial, *vid.* ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 34 s.; ID., “*La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2*”, op. cit. (n. 53), p. 42 s.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p.181-198, cuyo antecedente se haya en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, op. cit. (n. 530), p. 217 ss. En esta dirección también *vid.*: MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, op. cit. (n. 119), *passim*, p. 1063 s.; GIMENEZ PERICAS, Antonio, “*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*”, op. cit. (n. 106), p. 29 ss.; VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “*Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del «fruto del árbol envenenado»: correcciones actuales y tendencias de futuro*”, op. cit. (n. 87), p. 446 ss.; y ASECIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), *passim*. donde

este tipo de análisis no se ha efectuado en términos expresos, y puede que eso se explique en el hecho de que ya la propia estructura de su sistema jurídico funcione en base a estas consideraciones y que es el motivo por el cual la teoría de FERRAJOLI sea criticada en su intento de «globalización» de un «localismo»⁹⁵¹.

Sin embargo, ya constatada la utilidad de un discurso expreso en este sentido, la tesis que se expone constituye un intento de sistematización de los pasos iniciados por la doctrina *supra* citada, en orden a determinar las consecuencias del nuevo concepto de «democracia jurisdiccional» como tal en materia de prueba, esto es, antes de reducir su análisis a la actividad judicial de carácter penal.

Se ha adelantado que el concepto de «democracia jurisdiccional» implica que el contenido de los «actos judiciales» respeten –desde su contenido– los derechos y libertades fundamentales del individuo y, que ello se debe a que dichos actos constituyen una manifestación del saber-poder del Estado. Poner aquello de manifiesto requiere ser conscientes que ambos aspectos son transversales a todo tipo de proceso judicial, y no únicamente predicable de la sede penal.

En este sentido, importa destacar que el «poder» de la jurisdicción implica que el contenido de sus actos sea susceptible de ejecución, esto es, gozan de imperio para hacer ejecutar lo juzgado, sea que lo decidido lo sea en términos definitivos como provisionales. De ahí es que –tal como lo señala ANDRÉS IBÁÑEZ respecto del ámbito penal– su función cognoscitiva adquiera relevancia y se exija una cierta calidad que asegure la legitimidad de la decisión.

Más allá de las dos grandes teorías en orden a los fines del proceso judicial –en cuanto a la función judicial dirigida al establecimiento de la verdad de los hechos o bien a la sola resolución de la controversia, independientemente de una necesaria búsqueda de la verdad– como explica TARUFFO, “una buena manera de armonizar las perspectivas divergentes gira en torno a la suposición de que la mejor solución posible de una controversia entre las partes es una decisión adecuada y correcta, y que una decisión no puede ser adecuada y correcta a menos que se base en un juicio verdadero acerca de los hechos del caso (...) ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente”⁹⁵². A mi parecer, esta justicia y corrección exigen que el contenido primario de dicha calidad debe hacerse consistir en el respeto a los derechos fundamentales, cuyo estricto cumplimiento es lo que asegura la motivación racional de la decisión.

califica al instituto de la «prueba ilícita» como una figura «típicamente democrática». Por último, véase también RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, op. cit. (n. 109), p. 15 s.

⁹⁵¹ ATIENZA, Manuel, “*Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, op. cit. (n. 3), p. 133-165; esp. p. 136. Con todo, la obra italiana que evidencia mayormente esta lógica puede identificarse en DINACCI, Filippo, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), *passim*, p. 15 ss., bajo el título –precisamente– de «prueba y saber judicial».

⁹⁵² TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 22 s. En similar línea ha de leerse cuanto anotado por FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*”, op. cit. (n. 209), p. 32, “...que sólo podrá decirse que el juez ha aplicado el derecho cuando la premisa fáctica de su razonamiento resulte verdadera”.

En efecto, la razonabilidad de las decisiones judiciales, ciertamente no es una exigencia exclusiva del ámbito penal; y, por otra parte, ocurre que el tema de la regla de exclusión de la prueba ilícita, tampoco es una cuestión anclada únicamente al mismo. Por el contrario la exigencia de «expulsión» de esta clase de prueba es una cuestión que también se plantea en el ámbito de la prueba civil. “Prueba de ello –esto es, que el proceso penal no monopoliza este tema– es que el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional español –TC– sobre esta cuestión fue en relación con un asunto incardinado en un proceso laboral y no penal” (STC 114/1984, de 29 de noviembre)⁹⁵³. En último término, además, la cuestión de la legitimidad de las resoluciones judiciales tampoco se agota en el objetivo único de la decisión sobre establecimiento de los hechos que sirven de base a la pretensión concreta; sino que apuntan al contenido de todo tipo de decisión que emane del ejercicio de la jurisdicción y que constituya un antecedente a la decisión final sobre dicha pretensión⁹⁵⁴.

Ambas constataciones, por ende, conducen a que en esta tesis –como consecuencia de la implementación del concepto de «democracia jurisdiccional», en los términos *supra* explicados– se proponga un efectivo abandono del criterio de la «verdad material» como parámetro de tensión con la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido me parece pertinente invocar cuanto señalado por DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES, con la precisión de alargar su alcance no sólo a los derechos fundamentales de carácter procesal, cuando señalan que: la búsqueda de la verdad material no constituye un referente esencial para la construcción de un proceso de corte no inquisitivo ni como elemento decisivo para restringir derechos fundamentales procesales, ya que “si fuera cierta la pretendida trascendencia constitucional procesal de la búsqueda de la verdad, devendría inconstitucional cualquier modelo procesal en el que no se optara decididamente por ella”⁹⁵⁵.

Es por todo lo dicho que el deber de protección de derechos fundamentales debiese imponer una redefinición de la noción de «prueba» con carácter general, esto es, aplicable a todo tipo de procesos judiciales, que despliegue efectos consecuentes en materia de identificación de los derechos fundamentales susceptibles de ingresar en esta exigencia prescriptiva así como en la determinación de la naturaleza jurídica que debe ser reconocida a la norma contenedora de la regla de exclusión. Que el concepto de «democracia jurisdiccional» redunde en una redefinición del concepto de «prueba» se debe a que la misma representa –a

⁹⁵³JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “*La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno*”, op. cit. (n. 103), p. 460. En el contexto italiano, para una revisión del tratamiento de la prueba ilícita fuera del ámbito penal, *vid.* ANGELONI, Franco, *Le prove illecite. Disciplina e rilevanza giuridica delle prove illecite nel processo civile, penale e del lavoro*, en coll. *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, dirigida por Francesco Galgano (1ª edición, Padova, Cedam, 1992), 624 p.

⁹⁵⁴ Un ejemplo de la incidencia de la prueba ilícita más allá del solo proceso de cognición, se encuentra en FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*”, op. cit. (n. 82), p. 131 ss. donde efectúa una síntesis del fenómeno en materia de extradición indebidamente obtenida.

⁹⁵⁵DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 44.

todo evento— el presupuesto de su decisión, cuya legitimidad, ante todo, ha de concretarse en un estricto cumplimiento de la tutela de derechos fundamentales⁹⁵⁶.

- ii. Redefinición del concepto de «prueba»: respeto de los derechos fundamentales como requisito «esencial» del concepto de prueba

En este sentido cobra plena aplicación el razonamiento lógico con que FERRAJOLI esgrime la relación cosustancial entre «derechos fundamentales» y «democracia» para dejar de considerar a los primeros como límites heterónomos de la segunda. Si se sostiene que la decisión judicial debe respetar los derechos fundamentales; igual exigencia debe formularse sobre la «prueba», cuya función epistémica es la que precisamente sostiene el conocimiento en que basará dicha decisión. De ahí que esta tesis de investigación proponga dejar de concebir el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales como un «límite» autoimpuesto por el propio Estado de Derecho, en lo que respecta a la actividad probatoria en el proceso⁹⁵⁷; y que, por el contrario, el enfoque apunte al reconocimiento de una exigencia inherente del mismo que reclama una relectura del concepto de prueba, en modo que dicho principio opere como fundamento «propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita.

Como bien recapitula MARTÍ SÁNCHEZ, —recordando cuanto señalado por Gómez Orbaneja—, la palabra «prueba» la usa la lengua corriente y el derecho en tres sentidos diferentes, a saber: «la *actividad* misma», «el *medio* concreto de la prueba», y «el *éxito o logro*» de la actividad probatoria, según la cual el hecho o hechos de que se trataba «*se consideran probados*». “Mas, cualquiera de estos aspectos, que son encuadrables en lo que Ramos Méndez denomina «concepto de prueba procesal» (referida, pues, a la actividad probatoria, en sus distintas vertientes —medios, proposición, práctica, incluso el resultado psicológico de la convicción del juez— llevada a cabo a lo largo del juicio) tienen como presupuesto necesario los datos, los elementos, que permiten descubrir el hecho y las personas implicadas en su ejecución, para demostrar la existencia de aquél y la participación de éstas. Por tanto, consisten en elementos anteriores al juicio, que por regla general se recopilan cuando todavía no se ha iniciado el procedimiento judicial. Pues bien, son esos los datos, esos elementos, lo que constituyen la prueba, lo que hacen patente la certeza del hecho, la verdad de una cosa (según la definición gramatical de «prueba»), aunque su utilización como tal —la

⁹⁵⁶ Esta tesis se encuentra íntimamente conectada con la concepción que se adopte respecto de la denominada «*rule of law*». Para una revisión de las diversas concepciones y de los aspectos más relevantes de cada una de ellas, *vid.* REDONDO, María Cristina, “*Sobre principios y Estado de Derecho*”, en *Estado de Derecho y decisiones judiciales* (1ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), p. 9 y ss.; así como una crítica a la misma en SAUCA, José María, “*Cognoscitivismo y rule of law: en torno a los límites del formalismo*”, en *loc. cit.*, p. 41 ss.

⁹⁵⁷ RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* N° 12, CGPJ, 2000, p. 16 s.

«práctica de la prueba»— se realice —tratándose del orden jurisdiccional penal — en el acto del juicio oral»⁹⁵⁸.

En esta clave debe leerse cuanto anotado por UBERTIS, al señalar que: “la ausencia de prescripciones sobre el tema despojaría a las pruebas [penales] de su esencial característica de «actos legítimos», reduciéndole a un conjunto de comportamientos arbitrarios «atentatorios de la seguridad común»⁹⁵⁹. Este sería también el objetivo apuntado en España por ASECIO MELLADO al indicar que “en el proceso penal moderno, regido por el principio acusatorio formal, a la prueba como medio no se le puede asignar una única finalidad —la ya comentada de lograr la convicción judicial—, aun siendo ésta la finalidad inmediata y esencial perseguida (...) la prueba como actividad cumple con una función que podríamos calificar de política en el sentido de erigirse en base y fundamento de la sentencia, esto es, de la motivación fáctica del fallo, siendo así que, como es sabido, la motivación de las sentencias penales cumple, entre otras, con una función de permisibilidad de un cierto control político y social de las decisiones judiciales en un Estado de Derecho”⁹⁶⁰.

En efecto, aun cuando el catedrático español haga descender esta exigencia del principio de presunción de inocencia en sentido amplio (como regla estructural), la orientación que se propone en esta tesis queda adecuadamente expresada en su observación relativa a que “la presunción de inocencia, en lógica coherencia con su carácter constitucional, extiende su vigencia más allá de la sola fase probatoria e, incluso del mismo juicio oral, para gozar de virtualidad en el momento mismo de la investigación y siempre que aquí se limiten derechos e, igualmente, en otros procesos distintos del penal, como el civil, el laboral o el contencioso-administrativo en los supuestos que en éstos se trate de cuestiones que supongan alguna valoración de la conducta del sujeto de la cual pueda derivarse un resultado sancionatorio o limitación de derechos”⁹⁶¹.

En esta tesis se sostiene que el discurso de la legitimidad de las decisiones judiciales, necesariamente habrá de ser «traspasado» al contenido de la prueba, elevando el respeto de los derechos fundamentales como requisito «esencial» de esta última. Si el requisito es considerado esencial, entonces *segue* un sinsentido si luego se le califica de límite⁹⁶².

En efecto, las críticas que la doctrina formula en materia de exclusión de prueba ilícita, constatan el «riesgo» que FERRAJOLI asocia a la consideración de derechos fundamentales como límites de la democracia, esto es: que en cuanto límites tendencialmente «insaciables» corren el riesgo de convertirse en su negación. De hecho para confirmar la relevancia del

⁹⁵⁸ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales”, op. cit. (n. 116), p. 146.

⁹⁵⁹ UBERTIS, Giulio, “La ricerca della verità giudiziale”, en op. cit. (n. 60), p. 34.

⁹⁶⁰ ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 16.

⁹⁶¹ ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 40.

⁹⁶² Aunque no lo expresa en estos términos, me parece que es el sustrato de las ideas formuladas por MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, op. cit. (n. 119), p. 1040: “La real defensa del marco de garantías constitucionales reconocidas a todo ciudadano determina, como obligado corolario jurídico-constitucional-procesal, que las pruebas obtenidas con violación de aquéllas deban reputarse anticonstitucionales, con la obligada consecuencia de su inexistencia procesal, de su carencia absoluta de efectos”.

cambio de aproximación, basta una revisión del modo en que la cuestión opera en los hechos a través de su consideración como «límite» al derecho a la prueba.

Más palpable resulta la necesidad de una lectura redimensionada al paradigma constitucional si se tiene presente que en España suele identificarse el vuelco jurisprudencial representado por la STC 81/1998 como la constatación de “la existencia de una presión social que *exigiría* reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones”⁹⁶³: la noción de prueba obtenida con violación de derechos fundamentales no puede dejarse entregada a la voluntad de una mayoría empeñada en desconocer o menospreciar la gravedad de dichas vulneraciones, puesto que, como se ha explicado, el ejercicio y la existencia misma de democracia está condicionada en modo inherente al respeto sustancial de los derechos fundamentales.

En palabras de ASECIO MELLADO: “Al Poder Judicial ha de recordársele que la fortaleza de un sistema democrático y la independencia de sus tribunales se mide por la capacidad de sus integrantes de preservar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico ante presiones que esconden intereses frecuentemente espurios y en muchas ocasiones con origen y finalidades desconocidos. Las sentencias de los tribunales, especialmente las de los más elevados, cumplen en un sistema democrático una labor pedagógica que sirve para que la ciudadanía aprenda un modelo de convivencia. Toda cesión ante actuaciones ilícitas, aunque sea parcial y se pueda justificar mediante interpretaciones jurídicas, aunque de dudosa coherencia con el sistema que se defiende, constituye un paso atrás y toda excepción a las reglas comunes, que garantizan la igualdad como uno de los valores supremos, que anteponga en un caso particular criterios no generales, viene a instituirse en una regla futura que obligará necesariamente a trastocar el sistema. Y cuando ello sucede se abren fisuras en la totalidad del mismo, en su lógica, generándose consecuencias inevitables que pueden conducir a graves crisis de los modelos”⁹⁶⁴.

b) *Exigencia impuesta desde la teoría jurídica de la divergencia entre «validez» y «vigencia»*

i. Redefinición de la dogmática jurídica en el paradigma constitucional

En términos generales, sobre la base de constatar la existencia de dos niveles normativos en el paradigma constitucional, FERRAJOLI efectúa una relectura de la (meta-teoría) *semántica* que modifica el sentido epistemológico de la Teoría del Derecho. En efecto, este cambio de paradigma desde los ordenamientos elementales dotados de un único nivel normativo –propios del viejo estado legislativo de derecho–; a la existencia de ordenamientos complejos, articulados en varios niveles de legalidad de los actuales estados constitucionales de derecho

⁹⁶³DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, op. cit. (n. 393), p. 41. Más adelante agregan: “La realidad jurídica a la que nuestro TC vuelve la vista para importar soterradamente las excepciones parte, y no es casualidad, de la misma premisa: al igual que en nuestro país, la Corte Suprema Federal constata históricamente la presión social a favor de recortar la garantía”, p. 42.

⁹⁶⁴ASECIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 5.

dotados de constitución rígida, habría provocado que todos los fenómenos normativos puedan ser considerados simultáneamente como *normas* pero, también, como *hechos* (o actos). Esta nueva dimensión, se debe a que las normas pertenecientes a los niveles normativos inferiores son consideradas como *actos* cuya producción se encuentra regulada por las normas del nivel superior; y, a su vez, estas últimas también son reconocidas como *actos* normativos que regulan la producción de los primeros⁹⁶⁵.

Como se explicará a continuación, esta constatación produce importantes modificaciones en los métodos epistemológicos de aproximación al derecho, que a partir de una ampliación de su objeto, asumirán la función de detectar las divergencias que surgen de la confrontación del *ser* y el *deber ser* de su objeto.

En efecto, cuanto se ha trabajado en los *capítulos primero y segundo* de esta investigación se condicen con un enfoque sociológico del derecho tendiente a verificar las divergencias entre el binomio «vigencia» y «eficacia». Ella constituye la primera consecuencia del paradigma constitucional, ya que la *sociología del derecho* como método de interpretación semántico de carácter empírico, deja de referirse únicamente al estudio de los comportamientos regulados por las normas jurídicas para calificarlos en términos de «observancia o violación», sino que el mismo ve ampliado su objeto de estudio hacia la observación de la interacción de las normas entre los dos niveles. A esto se debe el hecho que se le considere un método que opera desde «un punto de vista externo», esto es, observa al derecho positivo como un *hecho o «derecho vivo»*, contemplando la interacción de las normas de ambos niveles, tal cual como la misma se verifica en los hechos. Es este aspecto el que –a partir de este momento–, caracterizaría a la teoría del derecho como una teoría *realista* y a la ciencia del derecho como una ciencia sociológica puramente descriptiva (de los comportamientos jurídicos); que en cuanto referida al «ser» o «no ser» efectivo, dará lugar al concepto metateórico de «eficacia» de la norma, que se contrapone al *deber ser* expresado en el derecho vigente. De ahí que una tal diferencia se denomine divergencia deóntica basada en el binomio «vigencia» (lo que *debe ser* según el derecho positivo vigente) y «eficacia» (lo que *es*). Este ha sido el prisma bajo el cual he intentado formular los capítulos anteriores, esto es, determinar cómo es que en la práctica los institutos de inutilizabilidad y prueba ilícita terminan por funcionar en modo muy alejado al del *deber ser* expresado en sus formulaciones normativas.

En lo que respecta a esta sección en particular, en cambio, interesa la redefinición de la *dogmática jurídica*, en cuanto método de interpretación semántica de tipo empírico que resulta del análisis de las normas jurídicas, ya que ella también se ve afectada por esta nueva consideración. Es sabido que esta última identifica el fenómeno jurídico (su objeto de estudio) en las normas jurídicas y por ende, observa el derecho desde un «punto de vista interno» como «derecho vigente», a través del método de análisis del lenguaje jurídico positivo, es decir, a partir de la interpretación de los enunciados normativos que le vienen dados como datos empíricos. De ahí, la atribución de un carácter «descriptivo» de la ciencia jurídica, al que –a

⁹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, op. cit. (n. 3), p. 37 s.

partir de este cambio de paradigma— se agrega una función «prescriptiva», ya que la interacción de ambos niveles le exige no sólo constatar el sentido de las normas vigentes, sino también determinar las condiciones jurídicas de su validez, esto es, constatar cuál es el «deber ser» normativo que prescribe el «ser» normativo vigente. De este modo, las divergencias deónticas que identifique al respecto se expresan en el binomio «vigencia» y «validez». Esta función viene a caracterizar a la teoría del derecho como una teoría *normativista* y a la ciencia jurídica como una ciencia no sólo descriptiva (de las normas jurídicas), sino también normativa.

ii. Redefinición del «juicio de validez» de los actos probatorios

Como explica DELGADO ECHEVERRÍA “la validez de un acto no es una propiedad del mismo, sino una relación entre el acto y la norma que atribuye el poder para realizarlo y señala sus condicionamientos y límites. Un acto es válido en un sistema normativo siempre que forme parte del mismo una norma atributiva de poder conforme a la cual el acto sea válido; en otro caso, el acto no es válido”⁹⁶⁶. Esta relación sólo puede afirmarse mediante un «juicio de validez» de difícil concreción, pues tiene como presupuesto la interpretación de (todas) las normas del sistema, incluida en primer término la Constitución.

Como consecuencia de este enfoque, se suele decir que el «modelo legal» a cuya correspondencia debe someterse el juicio de validez del acto probatorio se ve necesariamente ampliado a la norma constitucional en el sentido de que su contenido no puede contrariar las prohibiciones probatorias que de ella pueden deducirse en materia de lesión de derechos fundamentales. Como se ha visto, este es el sustrato que tuvo la categoría de «prueba inconstitucional» propiciada por la doctrina italiana bajo el alero de la SCC. N° 34, de 6 abril de 1973 en el sentido de exigir la confrontación de la prueba directamente con la Constitución. Este recurso a la solución del problema a través del «juicio de validez» de la prueba sobre la base de la interacción entre fuentes normativas de diverso grado —como también se indicó— ha sido considerado innecesario puesto que la prueba inconstitucional podría ser explicada en el *silenzio* de la ley: la prueba inconstitucional se reconduce a una prohibición probatoria implícita que se recaba de aquello que el código no prevé⁹⁶⁷.

Si bien me parece brillante decir que en virtud del principio de autosuficiencia del sistema normativo es posible deducir el principio según el cual, en materia de prueba atípica lesiva de derechos fundamentales, ésta no puede ser admitida debido a un vacío legislativo

⁹⁶⁶DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Validación, construcción de un concepto de teoría general del derecho”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 31, 2008, p. 644. Véase nota al pie n. 1 Importante nota 1 “La relación con todas las normas del sistema la enfatiza, por ejemplo, Peña Freire (1999: 106-107): «[I]a validez/legalidad es una relación de corrección entre una norma y un ordenamiento jurídico»... «[S]ólo la relación de congruencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento es condición suficiente de validez»”.

⁹⁶⁷TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 8), p. 190 s.

donde no se regula la particular injerencia en el derecho fundamental que se pretende a tal efecto, lo cierto es que de todos modos es una argumentación elíptica, que altera la regla general en materia de principio de relevancia de la prueba. Por una parte, afirmar el principio general según el cual todo cuanto no se encuentre expresamente permitido ha de considerarse prohibido, altera la regla general en materia de prueba consistente en la premisa de que toda prueba relevante debe ser por ese sólo hecho admitida, salvo excepción legislativa expresa (perspectiva inclusiva). Por otra parte, es elíptica puesto que, no obstante negar la derivación de una prohibición probatoria directamente de la Constitución, termina igualmente refiriéndose a ella como parámetro hermenéutico para individuar los límites a los derechos fundamentales que sean implícitamente recabables del sistema del código, donde la infracción de las reglas del proceso opera como indicio de la lesión de principios constitucionales. En el caso de la prueba atípica el indicio sería precisamente la ausencia de norma reguladora de la injerencia, siendo en todo caso criticable que el sostén se haga consistir desde la perspectiva de la legalidad y no de la constitucionalidad.

A mi juicio, en todo caso, no es que la Constitución sea fuente directa de prohibiciones probatorias, sino que ella es la única fuente habilitada para determinar cuándo se verifica una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales, que es el requisito negativo *sine qua non* del concepto de prueba. En efecto, nadie discute que el examen de dicha lesión deba efectuarse en vistas a la legalidad constitucional y a las normas de desarrollo establecidas en la legalidad ordinaria. De ahí que no resulte correcto aseverar que las normas de mandato requieran, para su aplicación en materia de prueba, de regla procesal de referencia expresa a las mismas, ya que ellas formarían parte inherente al análisis de licitud de la conducta que sirve de base al acto de prueba, como presupuesto necesario de éste. Por ello es relevante cambiar el enfoque y advertir cómo es que no se trata de prohibir o no una prueba, sino que de definirla a través de la concreción de uno de sus requisitos esenciales. Creo que a ello apunta correctamente la consideración de la inutilizabilidad patológica como un vicio de la prueba en sí, y sobre sentido hablar de “la introducción de una sanción a tutela de las pruebas se revela la voluntad de superar el tradicional binomio «validez-invalidéz» del acto procesal, sustituyéndolo por uno de más amplio espectro relativo a la conformidad o no conformidad al esquema legal, comprendiendo en éste tanto a la invalidez como la inutilizabilidad. Este último no se yuxtapone al primero sino que lo supera concretando un específico instrumento de garantía en virtud del cual el acto y los datos cognoscitivos que éste puede aportar no pueden asumir rol alguno en la acreditación”⁹⁶⁸.

Lo que aquí se propone no es una redefinición del concepto de «ley», sino que una redefinición del concepto de «prueba», o más bien una lectura adecuada de su inserción en el paradigma constitucional; y que viene exigida por el hecho de que esta última se ubique –al decir de COMOGLIO– en una «zona de confín» entre *sustancia* y *proceso*, donde una lesión a derechos fundamentales se proyecta en la afectación concatenada de una serie de otros

⁹⁶⁸DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p.7 s.

derechos y garantías, amenazando en último término la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

Con esto se llega, precisamente al punto neurálgico del instituto de la «inutilizzabilità» y de la «prueba ilícita», esto es, hacerse cargo de las «conductas antijurídicas» que tienen lugar en la obtención de la fuente y/o medio de prueba. Como señala SENTIS, “la fuente de la prueba es un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde a una realidad ajena al proceso y anterior al mismo”. Ambas figuras surgen para dar protección a situaciones subjetivas constitucionalmente relevantes que puedan verse afectadas en fase extraprocesal en sentido amplio, esto es: tanto en una fase «preprocedimental» donde no podría estar sujeta a garantías específicas y determinadas de orden procesal, sino que precisamente a garantías del orden jurídico; como en una fase de «investigación preliminar» en virtud de la constatación de que la defensa del orden público incitaba a autorizar a los órganos de policía a la ejecución de actividades no garantizadas y desvinculadas del respeto de las formas⁹⁶⁹.

En este segundo caso, se entiende necesario disponer garantías de orden procesal que regulen la obtención de fuentes de prueba, a través de la consideración de éstas últimas no sólo como reglas técnicas sino que como verdaderos mandatos que mediante el establecimiento de una obligación o una prohibición impongan el «deber» de actuar en un cierto modo. Esto porque el énfasis viene dado no sólo por la regulación de la actividad dirigida a una obtención «válida», sino también «lícita» que fomente la prevención de la existencia misma de conductas atentatorias a derechos fundamentales del individuo.

Así las cosas, creo que la omisión en que incurren las líneas argumentativas desarrolladas para la solución del asunto es no distinguir entre el «juicio de validez» de la prueba y el «juicio de licitud» de la prueba. Como se indicó en el capítulo anterior el «juicio de validez» responde a la inobservancia de reglas técnicas; pero bien puede ser posible que para potenciar el efecto disuasorio propio de la misma se establezca a su vez una norma de mandato que la acompañe. Si bien podría llegar a concederse que el primero sólo pudiese estar gobernado por la legalidad procesal; el segundo, en este caso, deriva del propio concepto de Estado de Derecho y de Democracia constitucional en los términos en que se ha expuesto, prescindiendo de una expresa invocación por provenir del principio de inviolabilidad de derechos fundamentales que –a su vez y por lo mismo– viene impuesto por el concepto mismo de prueba y que, por ende, no requiere de una forzatura del concepto de «ley».

iii. Adecuada concepción del «juicio de ilicitud»

Aun cuando teóricamente la norma de mandato sea consagrada para acompañar una regla técnica, no debe perderse de vista que el parámetro para determinar la antijuridicidad de la conducta puesta a la base de la primera es diverso. El «juicio de licitud» responde a una norma de mandato de cara al juez, quien por su parte lo concreta en el análisis de la conducta o actos naturales de los sujetos involucrados en la obtención de la fuente de prueba, debiendo

⁹⁶⁹SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 104.

identificar las prohibiciones específicas que puedan concurrir en la hipótesis respectiva; y determinar la existencia de prohibiciones implícitas en las normas de legalidad ordinaria que puedan considerarse de desarrollo del derecho fundamental de que se trate⁹⁷⁰, y que en su conjunto constituyen prohibiciones dirigidas a las partes, con el consecuente «deber» de respetarlas. De ahí que sea relevante que ambos ordenamientos de referencia hagan expresa mención a las «prohibiciones establecidas por la ley» (art. 191 c.p.p.i. y 283 LEC), ya que ello constituye una expresa habilitación para que el juez pueda determinar su existencia en virtud de un criterio que no lo vincula a la fuente de la norma ni a su formulación en términos prohibitivos expresos, sino que a su particular *ratio*.

En el «juicio de licitud» no cabe el juicio de ponderar la conveniencia o no de la declaración de la lesión en relación a otros intereses, ni tampoco entrar en disquisiciones subjetivas. Su examen se agota en la verificación de una lesión objetiva del derecho fundamental respectivo en una comparación entre acto y mandato. Como consecuencia de ello, es que debe efectuarse la distinción entre prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales y prueba obtenida con infracción de derecho penal sustantivo. En efecto, tal como se indicó en el capítulo anterior, en este último caso la configuración del delito en sí resultaba bastante discutible. ASECIO MELLADO toca este interesante punto con ocasión de los obstáculos materiales que cree advertir en el tratamiento procesal de este último tipo de prueba. En este contexto, esboza los casos en que no obstante existir una conducta típica a través de la cual se obtenga la prueba, la misma no sea finalmente constitutiva de delito, señalando que “podría suceder que una entrada domiciliaria sin orden judicial, que excluiría la prueba, no fuera delictiva (dolo) o que un acto de tortura, en sentido amplio, afectara a la integridad física del imputado y llevaría a excluir la prueba, pero que no fuera delito por concurrir causas de justificación u otras de exclusión de la responsabilidad penal”⁹⁷¹.

En similares términos se pronuncian DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES cuando a propósito de la improcedencia de la excepción de buena fe a raíz de la constatación de una lesión no dolosa del derecho fundamental señalan que: “No parece que esa circunstancia deba ser de las más determinantes, habida cuenta de que el ilícito constitucional contra derecho fundamental viene principalmente configurado, debido a la peculiar naturaleza de la norma constitucional, desde la perspectiva del ámbito de libertad efectivamente usurpado al sujeto titular, al contrario de otro tipo de ilícitos, como los penales o administrativos, que sí reparan más en la culpabilidad y responsabilidad del sujeto infractor”⁹⁷². Con esta reflexión final, se concluye que siempre que se afecten derechos fundamentales, aun cuando los hechos no fueran delictivos, en cuanto realidades diferentes que operan en planos no coincidentes, tal afectación

⁹⁷⁰ En este sentido, téngase presente STEDH de 27 de septiembre de 1990, en el caso “Wassink”, destacada por GIMENEZ PERICAS, Antonio, “*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*”, op. cit. (n. 106), p. 33 s. en que se declaró violado el art. 5.1 CEDH “al oír el juez a varias personas para prolongar el internamiento de un individuo en un Psiquiátrico en ausencia del Secretario, con lo que se infringió el procedimiento establecido por la ley”.

⁹⁷¹ ASECIO MELLADO, José María, “*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*”, op. cit. (n. 336), p. 10.

⁹⁷² DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida* (1ª edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2001), p. 120, nota 120.

debe ser suficiente para excluir la prueba así obtenida. De este modo, al no prejuzgar sobre el delito, se elimina el problema relativo a las valoraciones previas que escaparían de la competencia del Instructor del primer proceso⁹⁷³.

Recuérdese también, que esta apreciación objetiva de la antijuridicidad de la conducta se explica en que, a pesar de ser un «juicio» separado al de «validez», se introduce para potenciar a este último y justificar una intensificación del efecto propio de éste en vistas a configurar una sanción (añadida) en el plano procesal, que no requiere de un reproche subjetivo al agente. Por este motivo se ha criticado el recurso al «poder instructorio» como instrumento apto para la identificación de prohibiciones probatorias, ya que el mismo constituye un criterio competencial que desenfoca al sujeto sobre quien pesa el deber de conducta al que apunta la prohibición de base, que no tiene cabida en el «juicio de licitud» de la antijuridicidad objetiva de la conducta, ya que en tal caso, el mismo redundaría en la negación de la prohibición misma, porque en el fondo muy difícilmente el juez podrá darla por existente.

De este modo resulta que es la propia naturaleza intrínseca de la conducta que se pretende evitar la que exige su confrontación con la norma constitucional⁹⁷⁴. Como se sabe, generalmente estas conductas podrán a su vez ser susceptibles de integrar una conducta delictiva, pero el parámetro a considerar seguirá siendo la lesión de derechos constitucionalmente establecidos, donde la ilicitud penal servirá como indicio de afectación de un bien jurídico, sin que su intensidad en términos penológicos sea decidora en tal sentido, puesto que entra también en juego el principio de igualdad y el de proscripción de justicia privada. En otras palabras, aun cuando a primera vista pudiese parecer que la prueba ilícita en sentido técnico italiano represente un mero supuesto de prueba irregular por constituir una infracción de normas de legalidad ordinaria de carácter penal sustancial, resulta que un análisis desde la perspectiva del bien jurídico protegido por cada tipo en particular podría conducirnos a su exclusión por infracción de derechos constitucionalizados.

iv. Adecuada consideración del «juicio de proporcionalidad»

Ahora bien, cuando la conducta de base que ha de ser examinada por el juez se refiera a una prueba obtenida con supuesta lesión de derechos fundamentales por parte de órganos institucionales (policía, MP, juez de instrucción), entonces ocurre que el «juicio de ilicitud» sobre la procedencia o no de dicha injerencia sí podría dar lugar a la vigencia del principio de proporcionalidad, aunque es preciso determinar el contenido que debe atribuirse al mismo en este ámbito.

Como sintetiza ARMENTA DEU, “a tenor de la interpretación del TEDH y el TC español [SSTC 54/1996 y 184/2003], el principio de proporcionalidad se desglosa en las siguientes

⁹⁷³ASENCIO MELLADO, José María, “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, op. cit. (n. 336), p. 10.

⁹⁷⁴Efectúa dicha distinción ALLORIO, Enrico, “Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?”, op. cit. (n. 148), c. 870, nota 6, respecto de la valoración en sede probatoria del documento ilícitamente producido.

reglas que deben informar toda limitación de derecho fundamental: 1) previsión legal de la medida, [que es precisamente el fundamento sustraído del principio de autosuficiencia del sistema]. Se trata de “un presupuesto común para todo acto procesal limitativo de algún derecho fundamental [constituido por] el principio procesal de legalidad. A él se refiere el art. 8.2 del CEDH al requerir que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar «prevista por la ley», lo que exige que el ordenamiento interno expresamente autorice a la autoridad judicial disponer tales medios de investigación (Sentencia del TEDH *Malone*, de 2 de agosto de 1984, y *Huvig*, de 4 de abril de 1990)”⁹⁷⁵; 2) idoneidad de la medida para la consecución de los fines que la justifican [*rectius*: idoneidad]; 3) necesidad de la misma en cuanto la evidencia no se pueda obtener por medio de otros medios con menor carga [*rectius*: necesidad]; 4) que entre la lesión del Derecho Fundamental y la finalidad perseguida exista una justificación del sacrificio seria; y finalmente, 5) que la medida ordenada por la autoridad judicial⁹⁷⁶ se base en buenas razones justificativas y exteriorizadas que pongan de relieve la concurrencia de los anteriores presupuestos”⁹⁷⁷. En otras palabras, se hace referencia al principio de proporcionalidad en sentido amplio, en circunstancias que, a mi juicio debiese tenerse presente que el contenido del principio en términos amplios, ha sido formulado con otros objetivos, de modo que es crucial determinarse cuál es el contenido que a su respecto debe reputarse en materia de prueba ilícita.

FERNÁNDEZ CRUZ explica que el principio de proporcionalidad puede ser entendido de diversas maneras, de las cuales destaca tres: como principio constitucional, como método de interpretación y como control o *test* de constitucionalidad de las leyes penales, todo en cuanto límite al *ius puniendi*. En este último caso, se trata de la aplicación concreta del principio al campo del derecho constitucional como obligación de ponderación y como regla de interpretación, como modelo de razonamiento especialmente apto para justificar unas decisiones adoptadas frecuentemente con escaso respaldo normativo. En este último sentido opera el TC en materia de prueba ilícita, donde el denominado principio de proporcionalidad “a grandes rasgos, constituye un *test* o juicio de solución de conflictos entre derechos constitucionales o, si se quiere, entre verdaderos principios de rango constitucional”⁹⁷⁸.

Esta aseveración ve cierta confirmación en las observaciones que RODRÍGUEZ RUÍZ formula en torno a la evolución española de la concepción de los derechos fundamentales. Como explica la citada autora, desde fecha temprana el TC ha entendido los derechos fundamentales como derechos ilimitables por el legislador, es decir, como derechos cuyo

⁹⁷⁵GIMENO SENDRA, Vicente, “*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*”, op. cit. (n. 130), p. 1618.

⁹⁷⁶Sobre el principio de jurisdiccionalidad en la disposición de medidas restrictivas, vid. ORTELLS RAMOS, Manuel, “*Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*”, op. cit. (n. 888), p. 13-66.

⁹⁷⁷ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, op. cit. (n. 119), p. 348.

⁹⁷⁸FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “*El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 54 y 58.

ámbito de protección se encuentra definido exclusivamente por los límites que se desprenden del reconocimiento de otros derechos o principios de rango constitucional (STC 11/1981). Como consecuencia de ello se afirma entonces que el legislador no puede imponer restricciones externas al ejercicio de los derechos fundamentales, esto es: no puede imponer restricciones que no se desprendan de la propia Constitución. Luego, todos los operadores jurídicos deberán, claro está, respetar la regulación legislativa del derecho de haberse ésta producido; y, en caso contrario, recurrir a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable, como inmediato punto de referencia en la protección o restricción de los derechos fundamentales en casos concretos (los denominados límites inmanentes de la doctrina alemana).

Según la citada autora, este último extremo implica una superación de la visión liberal tradicional de los derechos fundamentales que, por el contrario los concebía como derechos naturales cuya positivización quedaba sometida en última instancia a los dictados del legislador, que en su función como principios puramente programáticos, los concibe como esencialmente sujetos a restricciones legales. En efecto, explica que la figura del contenido esencial surge precisamente como protección de la vigencia efectiva de estos derechos de la capacidad limitativa del legislador, quien en virtud del principio de proporcionalidad sólo puede establecer aquellos que sean adecuados, indispensables y proporcionales a la consecución de un fin que sea legítimo, que no debe pues necesariamente tener rango constitucional, un fin cuya importancia relativa no se pondera con la del derecho que en aras de su consecución se pretende limitar. Sin embargo, la aproximación jurisprudencial que se cuestiona (en el caso de especie, a propósito de la STC 49/1999), es que el TC ya no se concentra, como hacía tradicionalmente, en determinar la existencia de un interés de rango constitucional que justifique la restricción del derecho fundamental en juego, y en ponderar la relevancia relativa en términos constitucionales de la protección de uno y otro en el caso concreto, que es precisamente el análisis que corresponde hacer frente a derechos fundamentales no limitables por el legislador (sometidos exclusivamente a límites constitucionales inmanentes). En un giro jurisprudencial, el TC habría derechamente sumado a este análisis el triple test de proporcionalidad con que en el derecho alemán se determina la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales que el legislador sí está autorizado a limitar⁹⁷⁹.

⁹⁷⁹RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “*El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril*”, op. cit. (n. 83), p. 320 s., especialmente nota 27. A propósito de este punto ASENSIO MELLADO, también expresa su disconformidad, indicando que “no parece de todo punto aplicable la doctrina jurisprudencial alemana que concentra el tema en la llamada teoría de la «esfera íntima», es decir, el análisis de si la violación del derecho ha afectado o no el núcleo esencial del mismo, análisis que se verifica, en todo caso, atendiendo al principio de proporcionalidad. Aun parcialmente recepcionable, esta teoría no es suficiente para dar cumplida respuesta a este planteamiento en su conjunto”, ASENSIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 87. Para una síntesis de las teorías encaminadas a establecer el contenido esencial y su compatibilización con el juicio constitucional de proporcionalidad, vid.: FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “*El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 63 ss.

En efecto, FERNÁNDEZ CRUZ también precisa que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad así entendido, no radica en el control de constitucionalidad de las leyes, sino que en el propio proceso de creación normativa; sin perjuicio de que – citando a Silva Sánchez– se haya venido produciendo un retroceso del Poder Ejecutivo y Legislativo en su cumplimiento, en contraposición, a la *praxis judicial*, “donde se percibe un creciente esfuerzo por incorporar este principio penal dentro de los parámetros del principio de legalidad”⁹⁸⁰.

Ahora bien, más allá de las críticas que se puedan formular a la efectiva razonabilidad del juicio de proporcionalidad, a la inclusión de los parámetros de necesidad e idoneidad como funciones esenciales e inherentes al juicio legislativo-político y no jurisdiccional; y, en definitiva, a la legitimidad de los órganos jurisdiccionales (incluido el TC) para llevarlo a cabo, esto es, ya sobre la premisa de su efectiva utilización por la *praxis judicial*, corresponde verificar el modo en que éste funcionaría en materia de prueba ilícita. En particular cuanto dice relación con la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, en términos del balance entre los costes y los beneficios de la injerencia en un derecho fundamental.

Como principio constitucional derivado de la proscripción de arbitrariedad de los poderes públicos, según FERNÁNDEZ CRUZ, el principio de proporcionalidad “supone una obligación general de ponderar, de sopesar las intervenciones estatales en los derechos fundamentales en la fase de creación normativa, en la aplicación de éstas y, (...), en el control de constitucionalidad”⁹⁸¹. Esta aplicación de normas debiese conjugarse con el principio de proporcionalidad en cuanto método de interpretación en virtud del cual se diferencia las normas jurídicas entre principios y reglas. La distinción entre ambas es que, mientras las segundas operan al modo «todo o nada»; los primeros poseen un carácter abierto y casuístico, es decir, que pueden o no ser tenidos en cuenta, existiendo casos en que su operatividad depende de la satisfacción en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Ahora bien, debe destacarse que, en cuanto método de interpretación se encuentra destinado a la superación de antinomias, una vez que éstas no puedan ser solucionadas a través de la aplicación de los criterios de jerarquía y especialidad, a modo de solución de conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía. En este contexto es que surge la «ponderación» como tercer criterio básico de razonamiento jurídico, consistente en pasar de los principios a las reglas, en virtud de varias etapas.

En este sentido, en materia de prueba ilícita, o más precisamente en lo que respecta al examen de la antijuridicidad de la conducta de base, la antinomia se produce entre el derecho fundamental cuya injerencia se analiza y el derecho fundamental constituido por el bien jurídico del delito de cuya persecución se trata. En esta perspectiva es que debe revisarse la concurrencia de los requisitos enumerados por ARMENTA DEU, esto es: *i*) que la injerencia, en

⁹⁸⁰FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 59.

⁹⁸¹FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 54.

cuanto a su procedencia y modalidad se encuentre previsto legalmente; *ii*) que la misma sea idónea, es decir, racionalmente instrumental para la obtención de la prueba del delito por el cual se persigue; *iii*) que la injerencia sea además, necesaria, en el sentido de que dicha prueba no pueda ser obtenida a través de un medio menos gravoso o restrictivo; y que la misma haya sido dispuesta por la autoridad judicial con la debida motivación en base a los criterios señalados.

Ahora bien, la cuestión de la «ponderación» o «proporcionalidad en sentido estricto», referida en el cuarto contenido anotado *supra* por la autora, es el que exige mayor precisión y, a mi parecer, el mismo no debiese estimarse aplicable en el «juicio de ilicitud» de la conducta puesta a la base de la obtención de la prueba para superar la necesidad de su expulsión. En primer lugar, porque el mismo ha sido diseñado para hacer frente a la «aparente» colisión entre dos derechos fundamentales, que al tener el mismo valor no permiten predicar en abstracto la «prevalencia» de uno por sobre el otro a partir de la aplicación de los criterios de jerarquía y especialidad, y por ello se entiende que la cuestión debe ser resuelta en cada caso concreto (el clásico ejemplo es la tensión entre el derecho a la libertad de prensa y el derecho a la intimidad). Sin embargo, aquí no existe una confrontación con otro derecho fundamental. Si bien la cuestión se ha tratado de reconducir al derecho fundamental a la prueba de la parte contraria, el contenido de esta última no alcanza su obtención sino que se limita a su admisión, práctica y valoración, y más importante aún, aquí está precisamente evaluándose su consideración o carácter de «prueba», por lo que antes de que se reconozca dicho carácter no cabe hablar de la colisión con tal derecho fundamental.

Tal vez por ello, la segunda opción haya sido confrontar la lesión del derecho fundamental con el interés superior de búsqueda de la verdad como fin epistemológico primordial del proceso. En efecto, en el caso citado se predicaba que: “hay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno de ellos (el interés público en la obtención de la verdad procesal y el interés, también, público en el reconocimiento de la plena efectividad de los derechos constitucionales)”⁹⁸².

En este sentido, y considerando que el juicio de ponderación no compara alternativas (como sí lo hace el criterio de idoneidad y necesidad), sino sólo la medida objeto de control y su finalidad, ocurre que la tensión queda circunscrita a la injerencia del derecho fundamental de base y la pretensión de obtención de prueba. Sin embargo, dicha tensión ya se encuentra normativamente resuelta por lo que recurrir a ella para justificar preferir la segunda sobre la primera encerraría esencialmente una aporía. La existencia misma de la regla de exclusión de prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales ya ha efectuado la ponderación entre ambos valores, dando preminencia a los primeros, a sabiendas de que con ello podía mermarse el alcance de aquel objetivo⁹⁸³. De ahí entonces que el recurso a una tal tensión, como por

⁹⁸² Citado en DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*”, op. cit. (n. 848), p. 1589.

⁹⁸³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, op. cit. (n. 61), p. 52: “En efecto, aunque algunas de las reglas jurídicas que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la verdad, y en este sentido pueden denominarse *garantías epistemológicas*,

ejemplo ha sido invocada en el «caso Filesa» antes citado, haya de ser deseablemente abandonada.

En síntesis, la “necesidad de ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías normativas internas en la Constitución o, al menos, en parte de ellas”⁹⁸⁴, sin embargo, tratándose de prueba ilícita, en virtud del principio *iuris tantum* de inviolabilidad de derechos fundamentales del individuo, y su posición preferente e inviolable, ocurre que su carácter prevalente sí resulta predicable. A ello se agrega la previsión normativa expresa que, desde el punto de vista del principio de especialidad, confirmaría dicha regla.

Como consecuencia de lo anotado es que se explica que, a través de la invocación de un criterio de ponderación, los órganos jurisdiccionales terminen finalmente recurriendo a una selección de los límites materiales y formales propios del derecho fundamental afectado para decidir una injerencia legítima o no a su respecto, con un alto grado de arbitrariedad, en una atribución de competencias del todo inconstitucional. Tal como se ha criticado con ocasión de la introducción de la doctrina de conexión de antijuridicidad por parte de la TC 81/1998, por esta vía se termina por arrogar jurisprudencialmente la facultad de seleccionar cuáles infracciones pueden efectivamente ser consideradas como una lesión de derechos fundamentales, en circunstancias que ha sido obra del constituyente y del legislador la concreción de los límites materiales y formales que protegen su legítimo ejercicio. Desde esta perspectiva, aunque en el sistema español “es cierto que se pudo incurrir en un cierto garantismo formalista en alguna ocasión, no puede por tal causa transitarse hacia un modelo que anule las garantías materiales que son esenciales en el proceso penal”⁹⁸⁵ ni tampoco las garantías procesales propias de un Estado democrático de derecho. Como explica ASENSIO MELLADO, “el TC no tiene legitimación para actuar como legislador paralelo. Porque una cosa es que dicte sentencias interpretativas que permitan salvar una norma presuntamente inconstitucional creando garantías que la misma no contiene y otra, bien distinta, es que, ante una ley expresa y amplia, sienta criterios limitativos de la misma, restringiendo la efectividad de los derechos fundamentales”⁹⁸⁶. Circunstancia a propósito de la cual ha de invocarse cuanto

muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo”. En palabras de RODRÍGUEZ RUIZ, “la protección de un derecho fundamental tiene un coste inmediato en estrictos términos de democracia y protección de intereses mayoritarios. Ello se traduce en casos extremos en conflictos entre derechos fundamentales y bienes constitucionales de dimensión social, cuya solución debe orientarse a maximizar la igual autonomía participativa de los individuos”, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “*El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril*”, op. cit. (n. 83), p. 316. La cuestión también parece ser advertida por GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, op. cit. (n. 113), p. 37, quien efectúa una lectura «casuista» de la doctrina sentada por la STC 114/1984 y la confronta con la declaración categórica contenida en el art. 11.1 LOPJ.

⁹⁸⁴FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “*El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 70.

⁹⁸⁵ASENCIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 100. Para una aguda crítica en este sentido, *vid.* ASENSIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 4 ss.

⁹⁸⁶ASENCIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 95.

expresado por DINACCI, en el sentido que, además: “mientras el aparato sancionatorio del derecho sustancial [entiéndase penal] constituye la «cintura del príncipe», el derecho procesal realiza aquel conjunto de reglas a través de las cuales puede y debe encontrar aplicación la norma penal; en otras palabras, constituye un aparato normativo que tiene la función de limitar y no de extender el poder de quien lo ejercita”⁹⁸⁷.

Es por esto que se comparte el modo en que el citado autor estructura el análisis de antijuridicidad de la conducta en los términos expuestos en la sección inmediatamente anterior. Es decir, el TC debiese atender al carácter absoluto o relativo del derecho fundamental de cuya injerencia se trata, entendiendo que toda limitación de los primeros, cualquiera que fuere y con independencia de su intensidad debiese implicar la inutilizabilidad de la prueba; mientras que en los segundos, las restricciones serían viables según los casos y formas sancionados por la ley⁹⁸⁸.

En este sentido, con razón entonces ARMENTA DEU anota que para un adecuado tratamiento de la prueba ilícita “empieza por ser imprescindible otorgar cobertura legal a medidas limitativas (...), así como mejorar aquellas otras cuyas carencias son conocidas, sin perjuicio de una norma más general donde se contuvieran las garantías comunes que debieran prever toda medida limitativa existente en la actualidad o que pueda articularse en el futuro”⁹⁸⁹. Súmese cuanto señalado por ASECIO MELLADO, según quien “aún siendo cierto un cierto exceso garantista [refiriéndose a la tendencia jurisprudencial del TC y TS previa a la STC 81/1998], que se manifiesta, no obstante, sólo y exclusivamente en la persecución de determinados delitos y delincuentes, lo obligado es que el legislador proceda a regular los medios de investigación de forma adecuada, rebajando el nivel de garantías meramente formales y estableciendo cauces tendentes a la eficacia del proceso en este tipo de situaciones”⁹⁹⁰.

Hecha la distinción entre «ponderación» y «proporcionalidad», los restantes contenidos de esta última sí debiesen ser tenidos en cuenta para la apreciación de una injerencia en los derechos fundamentales, sin perjuicio a su vez, de la necesidad de ahondar y perfeccionar el estatuto aplicable a las restricciones de derechos fundamentales dentro y fuera del proceso penal, como aspecto que excede ampliamente el objeto de la presente investigación; y siempre que el mismo se considere aplicable únicamente a las injerencias operadas institucionalmente (sea por la policía, MP o tribunales).

c) *Consecuencias teóricas y prácticas del cambio de enfoque*

Cuanto se acaba de anotar en las líneas precedentes conlleva una serie de consecuencias que repercuten en el modo de concebir el «instituto» objeto de investigación. Éstas son:

⁹⁸⁷DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p. 16.

⁹⁸⁸ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 87.

⁹⁸⁹ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, op. cit. (n. 32), p. 202.

⁹⁹⁰ASECIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 87.

- i. Determina el establecimiento de una norma de mandato dirigida al Juez: regla de exclusión

En virtud del metafundamento consistente en el paradigma constitucional del Estado de Derecho, surge una norma de mandato implícita dirigida al juez (independientemente de que hoy pueda encontrar consagración normativa en los diferentes ordenamientos) en orden a que – desde su posición– tenga el deber de velar por el respeto de los derechos fundamentales de todo individuo, efectuando un control sustancial sobre aquello que se pretende ingresar como prueba: verificando la concurrencia de este requisito esencial negativo inherente a ésta.

En este sentido, con todo, creo que la norma de mandato –tal como me parece haber entendido sucede en Italia⁹⁹¹– constituye una garantía subjetiva propia del núcleo esencial de los derechos fundamentales, fundada en el carácter inviolable de los mismos. En este marco, tiene razón ASECIO MELLADO cuando la vincula a la naturaleza íntinseca de los derechos fundamentales de carácter sustantivo. Sin embargo, en mi opinión, tal perspectiva debiese ser complementada con el metafundamento que propongo, toda vez que en base al mismo, además de considerar la existencia de un derecho subjetivo del titular del derecho fundamental lesionado para exigir la aplicación de la regla de exclusión sobre la prueba así obtenida; habilita también al tercero no titular a solicitar lo propio y al juez a proceder de oficio, todo en el entendido de que la lesión producida en sus titulares, constituye también una violación a la propia soberanía popular. En efecto, “la función del juez en un Estado democrático sólo cobra sentido si se entiende ordenada a la defensa del ciudadano frente a los demás ciudadanos, los grupos de cualquier naturaleza (de presión, de poder, cualquiera que éste sea...etc.), la propia sociedad e, incluso, el Estado”⁹⁹².

Es en virtud de esta apreciación que considero necesario propender a un fundamento *iuris tantum* en los términos propuestos, sin que el mismo se haga depender de la virtualidad del principio de presunción de inocencia, puesto que como anota el citado autor –compartiendo la postura de VESCOVI– la cuestión de la inadmisión de la prueba prohibida es “suscceptible de encajarse en cualquier tipo de proceso, sea civil, penal o de otro tipo, que no ha de exigirse una especial legitimación a quien invoque la inutilizabilidad o, lo que es lo mismo, que no ha de requerirse que el peticionario haya sido objeto en sí mismo de la lesión del derecho fundamental presuntamente vulnerado”⁹⁹³.

Como consecuencia de lo anterior, surge además, que resulte indiferente el carácter público o privado del sujeto que incurra en un acto antijurídico en la obtención de la prueba, puesto que el «deber» del juez de aplicar la «sanción» en los términos que se explicarán en el

⁹⁹¹ SCILLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, op. cit. (n. 24), p. 103. “... la introducción de una figura de inutilizabilidad parece siempre inscribirse en un diseño destinado a la protección de situaciones subjetivas constitucionalmente relevantes (...) como garantía sustancial contra eventuales abusos de la autoridad pública en la búsqueda y adquisición de las pruebas”.

⁹⁹² MARTÍN GARCÍA, Pedro, “La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita”, op. cit. (n. 119), p. 1063.

⁹⁹³ ASECIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 85.

punto subsiguiente, procede respecto de la parte que solicita la admisión de esta «prueba ilícita» (*rectius*: «no-prueba»), sea que haya o no intervenido en el acto antijurídico de base. Así, “la solicitud de una prueba que sería inutilizable constituye una solicitud en sí misma inválida por inadmisibile: una invalidez que el juez debe declarar inmediatamente, negando la admisión de la prueba prohibida”⁹⁹⁴⁻⁹⁹⁵. En caso que, por cualquier motivo, el contenido ilícito de la prueba quede evidenciado una vez que la misma ya haya sido rendida, procederá declarar su carácter de «no-prueba» con los efectos que se explicarán en los puntos sucesivos.

Antes de proceder con los efectos de la aplicación de la norma de mandato, conviene demostrar la idoneidad de formular el metafundamento en los términos que se sostienen en esta tesis y que merita que el fundamento tradicional basado únicamente en la posición preferente de los derechos fundamentales sea complementado con la especificidad que se propone.

Para este objeto corresponde hacer presente que este último era precisamente el contenido del llamado «*imperative of judicial integrity*», postulado por los jueces Brandeis y Holmes como argumento justificativo de la regla de exclusión –en sede penal– en el sistema norteamericano. Como se suele indicar, bajo tal expresión se entiende que «un juez digno de tal no puede, en el momento en que condena al autor de un delito, y por ende reafirma el imperio de la ley, utilizar como prueba de su culpabilidad, pruebas que alguien haya obtenido violando la ley». Como se sabe, este argumento se construía sobre la base del reconocimiento de un derecho subjetivo inherente al derecho fundamental lesionado, pero con exclusivo reconocimiento en el proceso penal y sólo en lo que respecta a la decisión definitiva de culpabilidad. Consideración, esta subjetiva, que es expresamente abandonada por la estimación de una garantía simplemente «instrumental» basada en su «efecto disuasorio».

En cierto sentido, en esta línea también se enmarca el criterio empleado en el sistema integral propiciado por FIORE, en atención a la aplicación transversal del principio de *ultima ratio*. Como se indicó en el capítulo anterior, el citado autor tiene en cuenta la ejecución de la condena como resultado de un proceso de acreditación de la responsabilidad que, como tal exige la aplicación transversal de este principio, en el sentido de incluir tanto las reglas que definen y limitan los poderes de acreditación, como las que fijan los regímenes de utilizabilidad de las pruebas. Sólo con ello entiende posible un sistema teleológicamente orientado a garantizar que la sanción penal sea impuesta sólo en caso de estricta necesidad, propendiendo a una incidencia mínima y en la medida de lo indispensable respecto de los derechos de libertad y otros derechos involucrados en el procedimiento penal⁹⁹⁶.

Ambos casos demuestran que el «fundamento» que exige sobre la existencia de una regla de exclusión no pueda explicarse únicamente en la naturaleza inviolable de los derechos

⁹⁹⁴ NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale*, op. cit. (n. 176), p. 190.

⁹⁹⁵ Así, según GRIFANTINI, “la inutilizabilidad absoluta puede ser paragonada a la inadmisibilidad de la prueba –elaborada bajo la vigencia del viejo código– sea por el modo de operar, sea por la opción metodológica de la prueba implícita en ella. En efecto, con la inutilizabilidad absoluta, se renuncia a su conocimiento para proteger intereses no estrictamente procesales, eliminando también, en ciertos casos, los medios inatendibles”. GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, op. cit. (n. 72), p. 249.

⁹⁹⁶ FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, op. cit. (n. 633), p. 13 ss., 48 a 50.

fundamentales, ni se agote en atribuirle la «naturaleza jurídica» de derecho subjetivo del titular del mismo. Este último extremo confirma cuanto hemos concluido en el *capítulo primero* en orden a ser precisos en la distinción entre el «fundamento» y la «naturaleza jurídica» de la regla. Así, con la especificidad que se propone, cobra sentido el hecho de que la norma de mandato deba considerarse existente respecto de todo tipo de proceso, soslayando el obstáculo que las argumentaciones anteriores tendrían en ese sentido.

Por último, en esta constelación de ideas también se precisa recalcar una crítica que he formulado al modo en que los extremos del debate son conducidos en el contexto español. En términos generales se advierte la tendencia a arribar a conclusiones extremadamente condicionadas al panorama legislativo existente; en circunstancias que, –a mi parecer– en primer lugar, de lo que se trata es primeramente de plantear aquello que *debe ser* en base a los objetivos que pretenden lograrse con este instituto; y luego determinar si el *ser* se ajusta a él; o, si puede ser susceptible de interpretarse conforme a él; o bien, en última instancia, determinar si tal *ser*, por el contrario, *debiere ser* lisa y llanamente modificado en un determinado sentido. Creo que esta habría sido la lógica de la STC 114/1984 al negar la naturaleza subjetiva de la garantía, al comprender que a través de una tal argumentación arribaría a una «lesión indirecta» del derecho fundamental por parte de la judicatura y que con ello quedaría privada de competencia para conocer del respectivo recurso de amparo (cuestión que como formularé desde un enfoque personal no es excluyente de su carácter de garantía procesal). He insistido en la aclaración de que, cuando el TC invoca el modelo norteamericano y, hace referencia al «efecto disuasorio», se advierte que comete un error nominal, puesto que en el fondo efectúa una interpretación en línea con el criterio de integridad judicial, donde la construcción de la garantía objetiva le habilita para estimar la configuración de una lesión directa a un derecho fundamental de carácter procesal que hace además consistir en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías.

Con todo, me parece que esta línea de razonamiento es correcta, sólo que para ello no era necesario negar su naturaleza de garantía subjetiva. En este sentido, creo que la STC 81/1998 ha sido injustamente criticada al formular la garantía como una extensión procesal del núcleo sustantivo de los derechos fundamentales, cuestión que es necesaria para su competencia recursiva vía amparo. En efecto, considero adecuado plantear que sean los propios derechos fundamentales sustantivos lesionados en sede extraprocesal (en sentido amplio) los que adquieren una dimensión procedimental ya que si un procedimiento no respetara estas reglas básicas en su desarrollo o si los menoscabara o vulnerara en sus conclusiones, no podría calificarse de constitucionalmente legítimo. Esto por cuanto el peligro de inaplicación absoluta a través de la introducción de la denomina «doctrina de conexión de antijuridicidad» no tiene su causa en la atribución del carácter sustantivo de la garantía, sino que en la afirmada relatividad de los límites materiales puestos en tutela de una legítima injerencia de los derechos fundamentales (sean estos sustantivos o procesales).

La dogmática jurídica, en cambio, no puede incurrir en argumentaciones instrumentales como la desarrollada por la STC 114/1984, puesto que su rol fundamental en el paradigma constitucional es precisamente la detección de las «antinomias», es decir, identificar las

contradicciones entre normas del nivel inferior respecto de aquellas de nivel superior; y las «lagunas», es decir constatar la incompletud o ausencia de normas a nivel inferior, cuya completud o existencia, respectivamente, viene exigida por normas del nivel superior. Dada la «necesaria» existencia de estas divergencias deónticas, resulta que el sistema jurídico será siempre intrínsecamente inconsistente e incoherente, nociones éstas que –en cuanto principios de lógica exigibles a toda teoría–; no pueden regir al interior del derecho positivo. De ahí que la lógica auspçada para el sistema deba proveerse desde una perspectiva externa, en los discursos *sobre* el derecho. Éstos son los principios que vienen contruidos por la filosofía ético-política y que se conocen bajo el nombre de *principia iuris tantum*.

Es por esto que estimo necesario recalcar el hecho de que, si de lo que se trata es de ahondar en un especial fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita no pueda condicionarse al panorama legislativo existente, puesto que ello implica confundir dos ámbitos del conocimiento. Son los principios ético-políticos (no expresados en las normas de derecho positivo ni expresa ni tácitamente) los que una vez identificados, operarán en un sentido prescriptivo respecto del derecho, en modo de propender a su introducción como principios internos al derecho positivo, dando lugar a los denominados *principia iure et in iure* establecidos por las normas de rango superior; que a su vez serán normativos respecto de las fuentes de grado inferior, esto es, impondrán prohibiciones u obligaciones de legislación, cuya lesión da lugar, precisamente, a las antinomias y lagunas *supra* anotadas; y son los que deben guiar las propuestas de *lege lata* y *de lege ferenda*. En efecto, son los *principia iuris tantum* los que vienen a imponer al derecho positivo, en calidad de principios externos al mismo, la lógica de que éste carece, desempeñando un rol normativo en el sentido de explicar el carácter normativo de los *principia iure et in iure* y el modo en que deben ser interpretados⁹⁹⁷.

- ii. Otorga a su «efecto» la naturaleza jurídica de «sanción» y determina un alcance «total», «expansivo» y «ultractivo» del mismo

La invalidez del acto en el plano procesal, no podría circunscribirse sólo al no-reconocimiento del mismo en cuanto tal, es decir, no puede limitarse a su sola inaptitud para alcanzar el resultado institucional pretendido. Ello implicaría desconocer la existencia de la norma prohibitiva que acompaña a la de incompetencia, de modo que debe implicar una consecuencia añadida sobre el plano procesal.

Dado que se trataría de un acto privado de los requisitos elementales e implícitos para que puedan ser reconocidos como pertenecientes a un procedimiento judicial, no bastaría su sola «eliminación del proceso», que en el fondo coincidiría con un régimen de nulidad absoluta

⁹⁹⁷ El acierto de esta aproximación se demuestra en que una revisión de los *principia iure et in iure* positivizados en las actuales constituciones rígidas, entre ellos –los pertinentes a efectos de la presente investigación– el principio de igualdad, los derechos fundamentales y las garantías del proceso justo, son exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada; sólo que una vez constitucionalizados dejan de ser principios axiológicos externos, de filosofía política, convirtiéndose en principios jurídicos internos o *principia iure et in iure*.

insanable. Atendido que el mismo tiene lugar en la realidad natural, exige también su eliminación de este plano. De ahí que la intensidad de la «sanción» deba identificarse precisamente con la privación de «todo efecto» –tanto procesal como extraprocesal⁹⁹⁸–, y coincida en el fondo con una verdadera «inexistencia»⁹⁹⁹, con descarte de toda posibilidad de subsanación o convalidación. Bajo este prisma se confirma la necesidad de un actuar de oficio del juez, toda vez que no cabría “ningún tipo de convalidación implícita derivada de la actitud pasiva del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia”¹⁰⁰⁰.

Esta consideración es la que explica, por una parte, el hecho de que el material así obtenido no sólo no deba ser utilizado a efectos de la decisión sobre la reconstrucción del hecho y la participación del imputado, sino que la misma no puede ser puesta a la base de decisión alguna, quedando proscrito recurrir a él para la imposición de una medida cautelar, para confrontar a un testigo o para la determinación de la pena en concreto¹⁰⁰¹.

En segundo lugar, también permite explicar el denominado «efecto reflejo», entendiéndose por tal la privación de efectos de toda fuente y/o medio de prueba que haya sido obtenida directamente en virtud del conocimiento obtenido por una «prueba» originalmente ilícita, con independencia de que la primera, en sí misma, haya sido obtenida o formada en forma legítima. En segundo lugar, también explica que la misma deba operar en cualquier fase, estado o grado del procedimiento y que no pueda ser puesta a la base de ningún tipo de decisión. El elemento probatorio así obtenido no podrá jamás ser considerado prueba en el juicio a efectos de influir en la decisión definitiva del juez (sea que se trate del juicio ordinario o de procedimientos alternativos); pero tampoco puede producir efectos en las fases previas a él, por lo que no podría considerarse como antecedente para decidir el reenvío a juicio ni para imponer medidas cautelares. Luego, si por cualquier motivo esta prueba ha sido admitida al proceso, durante el desarrollo del juicio tampoco podría ser usada como elemento para contrarrestar la credibilidad o atendibilidad de otra prueba ni podría alegarse como antecedente para la determinación de pena.

⁹⁹⁸ En virtud de esta consideración es que he querido proponer que –en el marco español– se aprecie la consagración del efecto reflejo en la expresión «no surtirán efectos», más que en la expresión «directa o indirectamente».

⁹⁹⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, op. cit. (n. 530), p. 241, citando a Lucchini, afirma que: “la primera idea que surge frente a una inobservancia del rito, es que el acto a que se refiere la inobservancia sea nulo, es decir como no acontecido. Las prescripciones deben ser claras, simples, y sólo las necesarias, indispensables para garantizar el buen derecho a la tutela de los intereses procesales; pero no se debe permitir violación, que en la lógica del proceso lleva consigo defecto de garantías e incertidumbre sobre los resultados del juicio”. Más expresamente, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*”, op. cit. (n. 848), p. 1589: “Su efecto, por tanto, es no constituir prueba válida para el proceso, debiendo reputarse inexistente jurídicamente y expulsarse del mismo, no pudiendo hablarse de pruebas lícitas procedentes de otras ilícitas, salvo en los casos en que se trate de pruebas obtenidas de forma independiente de aquéllas (auto del TS de 18 de junio de 1991, en relación con los arts. 11.1 y 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); véase también nota n. 962 de esta tesis.

¹⁰⁰⁰ PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, op. cit. (n. 244), p. 1872.

¹⁰⁰¹ Que la inutilizabilidad del material obtenido ilegítimamente sea absoluta, es tendencialmente indiscutido en el contexto español, vid.: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*”, op. cit. (n. 82), p. 192 s.

En tercer lugar, esta sanción tendría, además, un «efecto expansivo» que traspasaría las fronteras del juicio concreto en que la misma tiene lugar, de modo que no podría ser utilizada en otros procedimientos independientes de aquél, cualquiera fuese su naturaleza, salvo –se entiende– aquel que tenga por objeto determinar la responsabilidad (civil, penal o administrativa de su autor), que como se ha dicho, resulta en todo caso bastante improbable. Por último, la cuestión de la «ultractividad» de la sanción, implicaría que la misma tenga la capacidad de hacer inoperante el instituto de la cosa juzgada, habilitando la posibilidad de revisar la sentencia cuando el conocimiento sobre la infracción constitucional se verifique con posterioridad al transcurso de los plazos procedentes a efectos recursivos ordinarios y extraordinarios.

En Italia, este extremo ha sido expresamente tratado arribando a esta misma solución. En particular, GALANTINI ha explicado que con ocasión de los efectos de la inutilizabilidad, “se pone el problema de aquello que puede definirse como *«inutilizzabilità esterna»* es decir, la operatividad de la sanción en procedimientos diversos de aquél en que el acto ilegítimo ha sido formado”, y que según la citada autora comprende dos aspectos: “de una parte, implica preguntarse si la ilegitimidad de la prueba provoca también su inutilizabilidad en el procedimiento *ad quem*. Y en segundo lugar, la cuestión sobre la extensión de operatividad de las prohibiciones probatorias, de modo que éstas valgan también en «otro» procedimiento”¹⁰⁰².

Al analizar el régimen jurídico de la declaración de inutilizabilidad en sede de casación se indicó la tendencia jurisprudencial consistente en establecer una serie de requisitos de forma y fondo tendientes a limitar la posibilidad de recurrir de legitimidad. Esta propensión a la conservación del material probatorio, ha visto una limitación impuesta por la misma Casación en materia de inutilizabilidad patológica. Sobre la base del «principio de *ubiquità*» de la inutilizabilidad, la Corte ha afirmado que la inutilizabilidad patológica opera también fuera del proceso penal, en cualquier tipo de juicio en atención a la garantía establecida en el art. 15 CI. Al decir de TONINI/CONTI, se trataría de una suerte de «antijuridicidad» de la prueba que se extiende a todo el ordenamiento¹⁰⁰³. El tema ha sido desarrollado a partir de la inutilizabilidad de las interceptaciones en el procedimiento de prevención y en el de reparación por injusta detención. Después de reiterados pronunciamientos, con los cuales la jurisprudencia mayoritaria se había atrincherado en la posibilidad de trasplantar a estos juicios las interceptaciones declaradas inutilizables en el proceso penal, las Sesiones Unidas¹⁰⁰⁴ han afirmado que la inutilizabilidad patológica opera incluso fuera de tal rito, en cualquier tipo de juicio¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰²GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 79.

¹⁰⁰³TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 68), p. 112.

¹⁰⁰⁴SCP, SU., 30 octubre 2008, Racco, con nota de M. Panzavolta, “*Un altro tassello della «giusta riparazione»: no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*”, en *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 942 ss. También *vid.*: P. Sechi, “*Intercettazioni e procedimento di prevenzione*”, en *Cassazione penale*, 2010, p. 1082 y S. Beltrani, “*Intercettazioni utilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco*”, en *ivi*, p. 3042.

¹⁰⁰⁵TONINI, Paolo/ CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*, op. cit. (n. 68), p. 413.

En cuanto a la extensión de las prohibiciones probatorias a procedimientos diversos, durante la vigencia del código de 1930, VIGORITI ya había sugerido una interpretación del art. 13, inc. 3° CI, que a diferencia de aquella propuesta por la doctrina hasta el momento, instaba a poner el acento en el aspecto subjetivo de la prohibición probatoria establecida en dicha norma, sin por tanto distinguir entre prueba ilícita destinada al proceso penal o destinada al proceso civil (sentido objetivo)¹⁰⁰⁶. GALANTINI destaca que, en este caso, el criterio de fondo debe ser aquel según el cual aquello que es tutelado por la regla de exclusión, debe ser garantizado más allá del procedimiento originario. Señala que: “en este sentido, por ejemplo, la prohibición genérica de testimoniar sobre las declaraciones en cualquier modo efectuadas por el imputado (art. 62 c.p.p.) debe resultar ultractiva, operando más allá del procedimiento en que la persona que ha realizado la declaración ha tenido la calidad de imputado (o de persona sometida a investigación): si así no fuese, resultaría vana la garantía de determinados intereses dispuesta a través de dicha prohibición”¹⁰⁰⁷.

- iii. Evita que la aplicación de la norma de mandato sea considerada un «límite» al derecho fundamental a la prueba

Esta norma de mandato, como se ve, tiene la naturaleza jurídica de una «especial» «regla de exclusión» porque más que impedir el ingreso de una prueba como se hace en el régimen general de exclusión de prueba, declara su carácter de «no-prueba». En efecto mientras un elemento probatorio excluido por sobreabundante o por carecer de pertinencia con el objeto del proceso, bien puede ser presentado en otro y ser admitido en el mismo; en la hipótesis que tratamos, en cambio, el mismo no podrá ser empleado en proceso alguno.

Se trata de una consecuencia crucial de la redefinición del concepto de prueba, que impide que la aplicación de esta «especial regla de exclusión» pueda ser considerada un límite al derecho fundamental a la prueba, el que –obviamente– sólo puede ser ejercido respecto de «prueba» y no de «no-prueba»: “aquí no se trata de una regla que imponga al juez cómo valorar, sino qué cosa debe valorar”¹⁰⁰⁸. Ahora bien, en todo caso, dicho derecho fundamental a la prueba se encuentra suficientemente protegido por la motivación que el juez debe desplegar en la resolución que disponga la declaración de «no-prueba». Esta motivación permite el control externo de parte del titular del derecho a la prueba.

Sin embargo, como ya se ha dicho, lo relevante es que tanto esa declaración como el control que se haga de ella se enmarca en una revisión del «juicio de licitud» del elemento, en el que no cabe su «ponderación» con otros intereses o derechos fundamentales, principalmente con el derecho a la prueba de quien solicita su admisión, puesto que el análisis de lesión del derecho fundamental de base debe entenderse encriptado en sí mismo en los términos que ya he expuesto. De ahí que, como se ha dicho, verificada su lesión no haya más opción que aplicar la

¹⁰⁰⁶VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, op. cit. (n. 82), p. 68 ss.

¹⁰⁰⁷GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, op. cit. (n. 9), p. 80 s.

¹⁰⁰⁸DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p. 25.

regla, ya que de lo contrario el juez estaría incumpliendo su «deber», es decir, su propia norma de mandato y desconociendo la existencia misma de la prohibición de base.

A propósito de aquello basta insistir en que la lesión del derecho fundamental en la obtención de la prueba constituye un elemento estructural de la regla de exclusión de prueba ilícita, es decir, su supuesto de aplicación. Sin embargo, a su vez, la regla de exclusión –como se verá en otra sección de este capítulo– constituye una garantía de carácter procesal integrante del derecho a un debido proceso (sin perjuicio, que en España debe predicarse su inclusión respecto del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías). Ello implica que ni la regla en sí, ni su supuesto de aplicación (lesión de derechos fundamentales) puedan ser limitadas jurisprudencialmente. Es el poder legislativo el que legisla, por lo que en el marco español, el TC tendría únicamente una función esencialmente negativa, “nunca ampliadora de límites legales a los derechos que las normas no prevén o que, incluso, como es el caso, determinan de manera explícita al otorgar a la relación causal entre prueba directa e indirecta unas consecuencias explícitas”¹⁰⁰⁹. Lo mismo ha de entenderse respecto de la relación entre la lesión y elemento de prueba originalmente obtenida en virtud de la primera.

Propender a la existencia de un «juicio de ponderación» sobre la premisa que renunciar a prueba ilícita, que aporta conocimientos verdaderos, es un sacrificio que sólo puede justificarse cuando efectivamente se alcance el fin perseguido, no sólo representaría una concepción meramente instrumental de la regla, sino que además constituye una aporía ya que si siempre se planteara su tensión con la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso, entonces se terminaría por negar la premisa según la cual no basta a tal efecto la verdad a cualquier precio¹⁰¹⁰.

iv. Esclarece la ubicación procesal en que debe tener lugar el «juicio de licitud»

Si bien en la actualidad es claro que con la introducción del instituto de la inutilizabilidad la prohibición de admisión de prueba funciona al modo de una regla de exclusión, ocurre que la tesis corderiana sin duda ha influido en que la misma no opere en el sentido propiamente técnico con que funciona en un sistema acusatorio y que sea justamente esta lógica la que en el fondo explique la resistencia a que lo sea. En efecto, se ha revisado cómo es que el artificial recurso a distinguir entre la admisión de prueba al fascículo del juicio y la efectiva utilizabilidad que se haga en juicio de la prueba hace que en realidad la misma llegue a funcionar en modo muy similar a la figura de la ineficacia de la prueba ilícita del sistema español, donde –por su parte– por los mismos motivos se da la tendencia a rechazar que el

¹⁰⁰⁹ASENCIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 134), p. 95. Insiste en ello también en: ASENCIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 7 s.

¹⁰¹⁰ En este sentido, en términos claros y expresamente vinculado a una exigencia autoimpuesta por el Estado social y democrático de Derecho, RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* N° 12, CGPJ, 2000, p. 15. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, op. cit. (n. 10), p. 138 s.

debate sobre admisión de prueba se de en forma previa al juicio, esto es, como regla de exclusión en sentido técnico, y se recurra a la insensata distinción entra la obtención material y procesal de la prueba.

Me parece que la concepción renovada de «prueba», que permite sostener el metafundamento del paradigma constitucional concretado en la democracia jurisdiccional, se muestre más clara en orden a recalcar la lógica de una expulsión anticipada de estos elementos, así como a evitar que el «juicio de licitud» pueda ser ubicado en la fase de valoración subjetiva del procedimiento probatorio, y que por ende pueda estimarse susceptible de aplicación del principio del libre convencimiento del juez, respondiendo a la crítica desarrollada sobre el modo en que opera la «prohibición de utilización» y la «prohibición de valoración» en los ordenamientos italiano y español, respectivamente.

En lo que respecta a este segundo aspecto, entonces, comprender la lesión de derechos fundamentales como requisito negativo de carácter *sinequa non* de la noción de prueba, permite entonces que la apreciación de su ineficacia en este sentido debe considerarse una cuestión previa a la fase de valoración en sentido subjetivo (comprensiva de la decisión y la motivación), en los términos en que ya anotaba el TC “en su sentencia 56/1982, de 26 de julio, «la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar»” y que, en definitiva satisface el esclarecimiento del aspecto objetivo controlable vía recurso, en que “no se entra en la valoración que de las pruebas realiza el juzgador, [sino que] se fiscaliza una actividad previa cual es la propia existencia de elementos propicios a la convicción”¹⁰¹¹. Me parece que esta lectura podría encausar una adecuada corrección del imperativo español referido a la «mínima actividad probatoria», que en palabras de ASENCIO MELLADO “no viene a colmar de forma plenamente satisfactoria la necesidad de la no utilización de pruebas ilegítimas o prohibidas (...)”¹⁰¹².

2. «Principio de no condena de inocentes»

a) *Configuración y contenido del «principio de no condena de inocentes»*

i. Función ética del «principio de no condena de inocentes»

En este orden de ideas, el segundo fundamento de la especial regla de exclusión de prueba ilícita que se propone es el «principio de no condena de inocentes» que responde a una *ratio extraepistémica* de carácter ético, pensada como una concreción del «principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales» en el específico ámbito del «proceso penal». En efecto, –en línea con lo sostenido por la STC 81/1998– su concreción separada se debe al hecho de que el proceso penal, constituye la actuación del poder del Estado en su forma más extrema

¹⁰¹¹ ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 41 y 59.

¹⁰¹² ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, op. cit. (n. 53), p. 73.

a través de la imposición de una pena constitutiva de una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales.

Si se analiza cuanto señalado en el principio *iuris tantum* de inviolabilidad de derechos fundamentales, ocurre entonces que tal como afirma ASENCIO MELLADO, “la inutilizabilidad, en este orden de ideas, lo es tanto en contra del acusado como a su favor”¹⁰¹³. En otras palabras, no cabría la utilización *pro reo* de los elementos obtenidos con lesión de derechos fundamentales. Es este principio *iuris tantum* de no condena de inocentes en su función ética la única razón capaz de explicar la no aplicación de la regla de exclusión y ello, precisamente por la coherencia lógica de su premisa de existencia, esto es, el carácter inviolable de los derechos fundamentales. Se trataría del único caso en que sí podría estimarse una posible tensión entre dos derechos fundamentales propiamente tales: el derecho lesionado para la obtención de la prueba y el derecho fundamental a la libertad del imputado, y en este contexto la legitimidad de la decisión en aras a los fines epistemológicos del proceso habrán de combinarse para hacer prevalecer el segundo.

Ahora bien, en el *capítulo primero* de esta investigación se indicó que en general las reglas de exclusión de prueba responden a la *ratio* de tutela de intereses «extraepistémicos» o a una protección de intereses «epistémicos»; y que ambas funciones podían concurrir en la formulación de cada una de ellas. En lo que respecta a las reglas de exclusión referidas a pruebas ilícitas, como expresión de un interés de tutela propiamente ético tal como se ha expuesto en el apartado anterior, ahora corresponde verificar su contenido epistemológico, para comprender cómo este último se conjuga con una impronta especial bajo el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho, precisamente por la *ratio* ética particular que exige el proceso penal en el marco del material probatorio propiamente de cargo.

ii. Función epistemológica del «principio de no condena de inocentes»

Desde este segundo prisma, el principio de que ahora se trata responde a una especial *ratio* epistémica, que como tal constituye un interés superior del sistema jurídico. A diferencia de cuánto pueda pensarse, dicho principio no sólo importa a la figura del «imputado» sino que también a aquella de la «víctima», en cuyo caso admite su formulación en el «principio de condena al culpable». De hecho, se formula separadamente al «principio de inviolabilidad de derechos y libertades fundamentales», justamente para poner de manifiesto esta segunda finalidad, en el entendido de que normalmente las lesiones de derechos fundamentales en la obtención de la prueba generalmente es coincidente con un dato epistemológico de baja calidad. De ello darían cuenta todos los casos de error judicial evidenciados por la denominada corriente «inocentista», de especial incidencia en los Estados Unidos. Ahora bien, la calidad epistemológica del dato probatorio debe considerarse como una cuestión diversa a su relevancia, ya que generalmente –y he ahí la tensión que se produce en la

¹⁰¹³ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 87.

materia—, está el hecho de que cuanto más intensa sea la primera lesión, más relevante sea el dato, explicando la resistencia a renunciar a él.

Desde esta perspectiva del principio, cobra toda su significación la línea argumentativa desarrollada a propósito del fundamento axiológico del régimen general de exclusión de prueba a partir de la evolución filosófica-política en torno al «fin del proceso», a la «verdad» y a la «prueba». La conexión de esta fundamentación con el paradigma constitucional del Estado Democrático de Derecho concretado en la legitimidad de los actos de la jurisdicción y en la profunda injerencia que ésta puede provocar en el derecho fundamental de libertad, exigen dotar de especial fuerza a las garantías procesales del imputado en el proceso penal en lo que respecta a la admisión, formación o adquisición (rendición o asunción) y valoración de la prueba.

Como explica ANDRÉS IBÁÑEZ, “con el término garantías se hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la fórmula de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la constitución y la ley le habiliten para penetrar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas. Desde tal punto de vista, el proceso penal, en tanto que es el cauce para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado a través del enjuiciamiento, responde a la misma idea de límite que informa, en general, la categoría de que se trata”¹⁰¹⁴. Ahora bien, la cuestión es avanzar un paso más y verificar si el proceso como garantía en sí misma admite alguna especificación que merite un grado más intenso de exigencias en lo que respecta a la admisión, formación o adquisición y valoración de la prueba en los términos que he venido detallando.

En este contexto, entran en juego algunos principios *iure et in iure* normalmente considerados dentro de las exigencias mínimas de un «debido proceso», a saber: principio de contradicción, de inmediación o de audiencia, de defensa, principio de imparcialidad del juez y principio de presunción de inocencia. Si bien no todos ellos están formulados expresamente en la Constitución española, —y sí, en cambio, aparecen consagrados en el art. 111 CI—, de todos modos deben considerarse con tal carácter debido a la aplicación de la CEDH art. 96.1 CE.

Dentro de las exigencias mínimas del «debido proceso» también debe estimarse comprendido el cumplimiento de la especial regla de exclusión de prueba ilícita, y que en España, debido al desarrollo jurisprudencial en la materia, debiese incluirse dentro del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías. Sin embargo, y en conexión a ello, cabe de lleno tomar una posición acerca de considerar dentro del supuesto de aplicación de esta última, la violación de derechos fundamentales de carácter procesal, en especial por la infracción de los principio de contradicción, inmediación y defensa en relación al binomio principio de presunción de inocencia e imparcialidad del tribunal, sin perjuicio de la dinámica relacional entre todas ellas.

¹⁰¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “La función de las garantías en la actividad probatoria”, op. cit. (n. 530), p. 220 s.

b) *Interpretación particular de los principios iure et in iure involucrados*

- i. Principio de presunción de inocencia como regla estructural del procedimiento en relación al principio de imparcialidad del tribunal

Se trata de un aspecto ya tratado en el capítulo anterior, y que se encuentra en íntima relación con el imperativo de contar con un juez imparcial y el paradigma indiciario objetivo con que se confronta al presunto inocente, donde además, la carga de la prueba recae en el acusador. En este contexto, el presunto inocente debe tener el derecho de discutir desde el inicio el rigor de la hipótesis acusatoria, anticipándose el umbral de la contradicción como método de obtención de datos relevantes. Esto porque “cuando la acusación formula su hipótesis acerca de los hechos, se da el primer paso de la confrontación dialéctica, que es el desarrollo de la contradicción penal”¹⁰¹⁵.

Se halla también en conexión con los principios de inmediación y defensa para proponder a una efectiva centralidad del juicio, en modo de enfocar correctamente los alcances de la investigación preliminar como fase del proceso destinada a la elaboración de hipótesis e individualización de posibles fuentes de prueba destinadas a ser objeto de una evaluación adicional de posible rendimiento, que permita desechar lo que no asegure que el sufrimiento del imputado en el juicio esté justificado por la verificación con cierto detenimiento de la concurrencia de las circunstancias que avalan una acusación¹⁰¹⁶.

Esta idea, desarrollada por ANDRÉS IBÁÑEZ, implica que “en el mismo momento de la recogida de los vestigios del delito se impone al encargado de hacerlo esa especie de desdoblamiento de personalidad –una forma embrionaria de contradicción–, que consiste en interrogarse a sí mismo por la objetividad de los datos sobre los que recae su personal observación, y por la calidad de ésta, que deberá verbalizarse, por un imperativo de constancia y para que la hipótesis de partida cuente con ese mínimo de objetividad que es presupuesto de racionalidad en el tratamiento de las informaciones eventualmente probatorias”¹⁰¹⁷. Cuestión que en un sistema acusatorio y adversarial fuerte, donde la investigación se encuentre a cargo del MP, debiese imponerse por el principio de objetividad de este último y un agudo control por el juez (de garantía o para la investigación preliminar).

A mi juicio, ello significa que el derecho de defensa debe cubrir justamente la fase anterior al juicio para someter a evaluación la objetividad de la acusación. De este modo, aunque suele indicarse que el debate sobre la legitimidad de la prueba deba plantearse en juicio, precisamente porque es en esta fase donde el imputado puede ejercer adecuadamente este derecho, creo que ello es tomar con liviandad el hecho de que la sola circunstancia de que un ciudadano pueda verse sometido a proceso es un perjuicio a su respecto. Este es el

¹⁰¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, op. cit. (n. 530), p. 222.

¹⁰¹⁶ Sobre el carácter «aflictivo» de la acusación y la consideración del «juicio de acusación» como garantía procesal, vid.: ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación*, op. cit. (n. 785), p. 18 ss.

¹⁰¹⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 133 s. Similar apreciación puede leerse en NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, op. cit. (n. 756), p. 107 ss.

«sufrimiento» que correctamente individúa ANDRÉS IBÁÑEZ. Por otra parte, el objetivo de ser juzgado por un juez imparcial no podría entenderse adecuadamente cumplido si estos extremos son discutidos precisamente en su presencia, puesto que se trata de datos que la ley justamente pretende sustraer de su conocimiento.

En efecto, si en todo proceso “el enunciado sobre los hechos formulados por las partes, hasta la emisión de la decisión sobre el caso, tiene el estatus epistémico típico de la «incertidumbre»”, que durante el proceso es siempre dudosa e incierta, en cuanto puede ser verdadera o falsa y si se entiende que “la función de la prueba es ayudar al juzgador a resolver este problema, ofreciéndole la información necesaria para decidir racionalmente si las hipótesis concernientes a los materiales en litigio son verdaderas o falsas”¹⁰¹⁸; debiese concluirse entonces que todo aquello que no puede servir a dicha función debe ser evaluado en forma previa.

En segundo lugar, la conjugación del principio de presunción de inocencia como regla estructural y del principio de imparcialidad del tribunal, bajo el paradigma constitucional también proporciona una importante línea interpretativa en materia recursiva. Ya en la recapitulación de las observaciones surgidas de la presente investigación, indiqué cómo la superación del influjo psicológico del juez derivado de prueba considerada prohibida no ha logrado ser debidamente obtenida, y ello, más allá de la resistencia a una aplicación de la regla de exclusión en sentido estricto, se deba a la degeneración que ha experimentado la consideración del vicio en sí mismo desde un error *in procedendo* a un error *in iudicando*. Si bien un sistema de inhabilitación del tribunal pueda ser impracticable, me parece que un mínimo balance de la relevancia de estos dos principios deba apuntar a una total proscripción de requisitos de trascendencia dependientes del principio de presunción de inocencia como regla de juicio. La valencia de este principio como criterio estructural obliga a trazar una solución previa a la fase de valoración subjetiva que contribuya en modo efectivo al alcance del objetivo primigeniamente trazado. Luego, de no lograrse, y atendido que una argumentación formal de la sentencia en cumplimiento con las exigencias del principio de libre convencimiento del juez no resulta suficiente para asegurar la no consideración del dato, hacen que un justo contrapeso sea precisamente no someter la procedencia del recurso a una «prueba de resistencia» de dicha argumentación.

ii. Principio de contradicción e intermediación en relación al principio de defensa

Se ha visto como el tema de las prohibiciones probatorias surge en Italia, debido a la constatación de la degradación del juicio como instancia de formación de las pruebas, donde el sentido inquisitivo de la investigación preliminar parecía agotar la discusión sobre la determinación del hecho y la responsabilidad de los culpables; para luego ser meramente «reproducida» en el juicio oral. Como respuesta a este aspecto, severamente criticado por autorizada doctrina, es que el código procesal penal italiano de 1988 se aboca a consagrar un

¹⁰¹⁸TARUFFO, Michele, *La prueba*, op. cit. (n. 65), p. 29.

nuevo concepto de prueba, que ciertamente tiene presente la discusión jurídica y filosófica en torno a esta cuestión.

Como explica NOBILI, se advierte la influencia de dos posiciones opuestas: por una parte, la concepción positiva, de tipo «aritmético», que considera el conocimiento obtenido como válido y por ende utilizable en todo contexto, sin límites de procesos, fases o partes; y por otra, una noción «dialéctica» (también llamada argumentativa) de la prueba, en que el conocimiento judicial sólo es válido en un determinado ámbito y por ello en ciertas fases o en ciertos procesos, etc., cobrando relevancia, entre otros aspectos, su modalidad de formación, la posibilidad de intervención de los sujetos, y la calidad jurisdiccional del procedimiento. En esta última, la idea misma de prueba se encuentra íntimamente conectada con los particulares contextos en que es adquirida y con su uso¹⁰¹⁹. Como se ha visto es la segunda línea la que goza de una posición privilegiada en el proceso bajo la premisa que la prueba debe formarse únicamente en juicio, ante el tribunal (inmediación) y en el contradictorio de las partes; mientras que a la segunda debiese reservarse una aplicación excepcional basada en circunstancias que impidan seguir la regla anterior.

Se trata del principio de separación funcional de fases, en virtud del cual, el principio de contradicción en la formación de la prueba adquiere tal especial relevancia, que a mi juicio debiese considerarse el reconocimiento de una verdadera «prohibición» de ingreso como prueba al proceso de aquellos elementos que hayan surgido sin contradicción¹⁰²⁰. Así, la denominada inutilizabilidad fisiológica, tal como la patológica, pasa a constituir una manifestación de la función de garantía que cumplen las normas reguladoras de la prueba, que inspira especiales reglas de admisión y de asunción de la prueba, desde dos perspectivas principales: la primera, corresponde particularmente a las normas destinadas a que las pruebas sean asuntos en el contradictorio de las partes, como manifestación del derecho de defensa; y la segunda, corresponde especialmente a aquellas normas tendentes a excluir, en ciertos casos, determinados medios de prueba, con un contenido más propiamente cautelar, en el sentido que tales normas atribuyen la prevalencia de un cierto tipo de prueba que el legislador considera más seguro excluir por considerarla *a priori* inatendibles o tales de poder falsear el juicio sobre los hechos de la causa¹⁰²¹.

El ideal de la separación de fases también inspiró el nuevo sistema introducido por la LECrim que “adoptó las líneas esenciales propias del acusatorio formal o mixto en virtud de las cuales cabía diferenciar, entre otras, dos fases específicas, la instrucción y el juicio oral, a las que se asignaba una relevancia y finalidad diametralmente opuestas. La etapa sumarial, de

¹⁰¹⁹NOBILI, Massimo “*Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*”, op. cit. (n. 285), c. 275.

¹⁰²⁰En este sentido, *vid.* DINACCI, Filippo, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, op. cit. (n. 262), p. 30 “si bien es cierto que la inutilizabilidad puede configurarse tanto a un acto formado *contra legem*, como a un acto regularmente formado pero cuya utilización está limitada a ciertos sujetos o fases del procedimiento, no parece discutible que en ambas hipótesis se está en todo caso en presencia de una prohibición probatoria, de una parte, consecuente a la violación del modelo legal previsto para la formación del acto probatorio, y del otro, de tipo funcional o subjetivo”.

¹⁰²¹TARUFFO, Michele, “*Prove atipiche e convincimento del giudice*”, op. cit. (n. 140), p. 397, nota n. 22.

acuerdo con el art. 299 de la norma procesal penal, era tendente a la mera preparación del juicio oral, el cual venía a constituirse en la culminación del proceso al concentrar en sí toda la actividad probatoria (art. 741) ya que, únicamente en base a lo en él actuado cabía fundamentar la sentencia¹⁰²², sin perjuicio de que el mismo no haya sido suficiente para evitar que el juicio oral se convirtiese en una mera confirmación de lo ya actuado en fase sumarial.

De este modo, a mi juicio, el sustrato de este ideal apunta a una adecuada consideración de las garantías procesales expresadas en el principio de contradicción e inmediación, de modo de estimar que las mismas deben necesariamente concurrir en la rendición del medio de prueba, y su infracción –en sede penal– también debiese redundar en negar el carácter mismo de prueba, todo como consecuencia de la exigencia de legitimidad de las resoluciones judiciales.

Se ha indicado que en el contexto italiano se niega que en caso de inutilizabilidad fisiológica nos encontremos frente a la existencia de una prohibición en sentido estricto, en gran parte basándose en su carácter disponible a favor del imputado, toda vez que bastaría su consentimiento para que la misma no operase; y por el hecho de que a su respecto no sería predicable la ineficacia total y rotunda propia de la inutilizabilidad patológica. Una tal objeción, se ajusta más bien a la justificación que ASENCIO MELLADO formula para negar la configuración de infracciones de garantías procesales dentro del supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ. Para el citado autor, los actos de investigación, cuyo ingreso hubiese sido permitido al juicio oral atentan contra el derecho a la presunción de inocencia pero ello no impide que mantengan su validez, es decir, éstos siguen produciendo los efectos que han desplegado como actos de investigación y permanecen en esta cualidad, sólo que no son hábiles para fundamentar una sentencia. Así, explica, por ejemplo que, si un acto de investigación no alcanza el rango de prueba preconstituida, no precisa ser anulado, sino solo no ser dotado de valor como prueba limitándolo a servir conforme a su naturaleza¹⁰²³. Como se ve, con ello se alude al principio de separación funcional de fases, entonces ¿por qué en Italia queda sometido al régimen de inutilizabilidad del art. 191 c.p.i.?

La respuesta ha de encontrarse precisamente en la *ratio* que lo inspira, esto es, que determinados elementos no lleguen a conocimiento del tribunal por la influencia que datos epistemológicamente desconfiables, sin verdadera inmediación y respecto de los cuales no se ha ejercido o no puede ejercerse satisfactoriamente el contradictorio, sean tenidos en cualquier modo en cuenta en la decisión judicial, cuya exclusión –sea en términos de inadmisión o no producción de efectos– ha de considerarse un «deber», y por tanto, una prohibición para el juez. Otra cosa es que a su respecto los efectos propios de la no utilizabilidad hayan de entenderse referidos únicamente a aquéllos desplegados en el contexto del juicio, ya que el momento en que la prohibición es infringida es justamente éste.

De ahí que en el contexto italiano, a pesar de no reconocerles el carácter de prohibición, los someta al régimen de inutilizabilidad, puesto que su importancia es tal que exige su declaración en cuanto se advierta e implique –lo que a mi juicio es lo fundamental– que el

¹⁰²²ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, op. cit. (n. 53), p. 155.

¹⁰²³ASENCIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, op. cit. (n. 338), p. 24 ss.

mismo quede comprendido en la causal específica de casación que lo sustraería de la denominada «prueba de resistencia» sobre la trascendencia del vicio en la sentencia. Este último extremo, en el contexto español, habría de implicar que el mismo no quede sometido a la exigencia de efectiva «indefensión» propia de la nulidad de los actos procesales. Igual razonamiento habría de aplicarse a la infracción de otras garantías procesales verificadas en la rendición o asunción de la prueba, cuyo peso haya de considerarse de tal importancia que exija negar el carácter mismo de prueba, tal como ocurre con lo supuestos que doctrina y jurisprudencia consideran en el exámen de existencia de prueba a efectos de estimar [incorrectamente] infringido el derecho a la presunción de inocencia; y como debiese estimarse respecto de la infracción de específicas prohibiciones de prueba formuladas como reglas de asunción, v.gr., la prohibición de declaración de parientes sin previa advertencia. Para reforzar esta argumentación, piénsese que las prohibiciones probatorias, también pueden ser clasificadas como condicionales (por ejemplo la prohibición de interrogar al testigo, si éste se niega a declarar) e incondicionales (por ejemplo la prohibición de interrogar a un funcionario por el mero hecho de serlo)¹⁰²⁴. Ciertamente, las primeras, al igual que cuanto sucede con la prohibición de acceso de actos de investigación al juicio, requiere la concurrencia de ciertas condiciones para su surgimiento.

Esta es la línea que creo advertir en Italia y que me parece identificar, en modo inconsciente, en el sistema español bajo la noción de «pruebas auténticas». El TC “ha declarado que auténticas pruebas lo son sólo las *practicadas* en el juicio oral, en el marco de un debate contradictorio oral producido con inmediatez, es decir, ante el juzgador. En cambio, las diligencias sumariales son actos de investigación que no constituyen en sí mismas pruebas, pues su finalidad no es fijar definitivamente los hechos sino preparar el juicio. Ahora bien, *excepcionalmente*, cabe otorgar valor probatorio a estas últimas, siempre que se hubieran practicado con las formalidades constitucionales y legales y fueran reproducidas en la vista”¹⁰²⁵. Se trata entonces de una aproximación al principio de inmediatez en su vertiente subjetiva que incide en la necesidad de que el juez se relacione directamente con los medios de prueba sobre los que ha de formar su convicción y que se encontraría plasmado normativamente en el art. 741 LECrim, al exigir que las pruebas a valorar sean las practicadas en el juicio oral¹⁰²⁶.

Como agrega ANDRÉS IBÁÑEZ, se trataría de una exigencia que también derivaría del principio de presunción de inocencia (como regla estructural), ya que al imponer una inferencia judicial de tipo inductiva, a las reglas propias de ésta, habrán de yuxtaponerse las que regulan el procedimiento probatorio desde el punto de vista procesal: “estas se orientan esencialmente a preservar el momento del juicio de influencias externas, con el objeto de que sea lo actuado en él la auténtica fuente del conocimiento judicial en lo relativo a la cuestión del

¹⁰²⁴LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, op. cit. (n. 33), p. 120.

¹⁰²⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, op. cit. (n. 38), p. 135 s.

¹⁰²⁶ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituída* (1ª edición, Madrid, Trivium, 1989), p. 24.

hecho”¹⁰²⁷.Aspecto este último que se conecta directamente con la intermediación que “rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción”¹⁰²⁸.

Lo anterior explica que los actos de investigación se vean cubiertos de la prohibición de ingresar al juicio, y que por ello deban integrar la hipótesis de inutilizabilidad del art. 191 c.p.p.i. De lo contrario, se afectaría irremediablemente el derecho de defensa como derecho fundamental especialmente relevante en sede penal por los motivos anotados *supra*. De otra parte, también explica la necesidad de reconocer la existencia de prohibiciones en materia de práctica/asunción de prueba en sentido estricto, esto es, más allá de las hipótesis en que su inadmisibilidad sólo es apreciable luego de su rendición. La ilicitud en la práctica de la prueba, que ASENSIO MELLADO identifica dentro de la noción de prohibiciones probatorias en sentido amplio, predicando su inutilizabilidad por vía de la lesión de derechos fundamentales de carácter procesal, debiese entonces repensarse su exclusión del ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ. Tal conclusión se apoya en el hecho de que en tales casos no podría afirmarse la existencia de una relación directa entre la vulneración y la obtención de la prueba; sin embargo, por todo lo anotado, y, sobre todo invocando una interpretación amplia de «pruebas obtenidas» comprensiva de la obtención del medio de prueba, que en fase de juicio oral se produce precisamente con su rendición, me parece que el reconocimiento de prohibiciones de asunción de prueba, tanto respecto de aquellas indiscutidamente formuladas en forma analítica como aquellas que puedan concretarse del principio de contradicción y defensa, son del todo cruciales para dar cumplimiento al *principio iuris tantum* de no condena de inocentes y ello explica que en el sistema italiano se encuentren cubiertas por el régimen de inutilizabilidad y que exijan que en el contexto español deban entenderse comprendidas en el supuesto de aplicación del art. 11.1 LOPJ¹⁰²⁹.

3. Naturaleza jurídica de la especial regla de exclusión de prueba ilícita

¹⁰²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, op. cit. (n. 530), p. 225.

¹⁰²⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 46, 2003, p. 58.

¹⁰²⁹ Véase la delimitación del concepto de «prueba prohibida» delineado por LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “*La eficacia refleja de la prueba prohibida*”, op. cit. (n. 338), p. 2, “En la obtención de la prueba, además de no vulnerar directa o indirectamente los derechos fundamentales resulta necesario cumplir toda la normativa procesal de desarrollo del derecho fundamental, toda vez que las normas procesales que rigen la realización de los medios de prueba son normas de garantía. Esto significa que por prueba legítimamente obtenida, no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”.

Una vez determinado el especial fundamento axiológico que sustenta la existencia de una regla de exclusión de prueba ilícita, ahora corresponde tratar la naturaleza jurídica que ha de atribuírse a ella, en el modo más armónico y coherente con su *ratio*.

Como se indicó en su oportunidad, el esquema planteado por MARTÍNEZ GARCÍA resulta muy ilustrativo y concede las bases para elaborar una propuesta personal que aporte ciertos correctivos a la aproximación de la autora¹⁰³⁰; que permitan también tener en cuenta el acertado fundamento atribuido por ASENCIO MELLADO desde el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, propongo atribuir a la regla de exclusión de prueba ilícita una naturaleza poliédrica, como garantía secundaria de cada derecho fundamental (sustancial y/o procesal) y como garantía primaria de carácter procesal y autónoma del derecho a un proceso celebrado con todas las garantías (o debido proceso).

a) Regla de exclusión como garantía secundaria de cada derecho fundamental

Sobre la base del carácter no absoluto atribuido a la casi totalidad de derechos fundamentales, ha de entenderse que desde una perspectiva negativa, ellos implican el derecho a que el Estado se abstenga de limitarlo fuera de los casos constitucional y legalmente consentidos. Por ende, fuera de tales casos, no admiten injerencia alguna por parte del Estado. Luego, desde una perspectiva positiva, implican el deber del Estado de proteger su ejercicio tanto respecto de la injerencia de particulares como de sus agentes. Desde una perspectiva positiva, entonces, se requiere que el Estado indique cuál será el órgano competente y la fuente formal habilitada para establecer los casos que autorizan la limitación o injerencia sobre este derecho, expresando con claridad el presupuesto material, el sujeto encargado de calificarlos y/o controlarlos (autoridad administrativa, judicial, etc.), cómo calificarlos, su duración, etc. En definitiva, el aspecto positivo del derecho fundamental, supone que el Estado establezca los límites materiales y formales para una injerencia lícita de tal derecho¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba*, op. cit. (n. 214), p. 33: En efecto, primeramente, la citada autora ejemplifica este esquema a través de su aplicación al derecho fundamental sustantivo de inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE, sin embargo, no compartimos el contenido que expone, no sólo por ser incompleto al no hacerse cargo del análisis de las garantías secundarias, sino además, por no concordar con el contenido que otorga a las perspectivas positiva y negativa del aludido derecho. “El presente derecho tiene la siguiente estructura esencial o fundamental: - Status negativo: Derecho al desarrollo de la intimidad y privacidad dentro del ámbito de mi domicilio en condiciones de libertad y sin posible injerencia estatal. – Status positivo: Derecho/obligación a que se restrinja sólo por decisión judicial motivada, en los casos y formas determinados por la Ley constitucional, etc.”.

¹⁰³¹ Un germen de este razonamiento puede advertirse en STC 25/2011, Sala 2ª, 14 de marzo de 2011 (BOE núm. 86 de 11 de abril 2011, p. 50 ss.), f.j. N° 2: “Comenzando por el primer motivo de amparo, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones este Tribunal ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida (...)”. Igualmente véase STC 199/2013, Pleno, 5 de diciembre de 2013 (BOE N° 7, 8 de enero de 2014), en el recurrente alega lesión de su derecho a la intimidad personal por haberse convalidado un análisis de su perfil genético para confrontarlo con los restos biológicos de una prenda encontrada en el lugar donde ocurrieron los hechos, no contando para ello con autorización judicial.

Como se advierte, muchas de estas especificaciones se encuentran reguladas no sólo en disposiciones constitucionales, sino también en disposiciones ordinarias que, al decir de la STC 114/1984, vienen a desarrollar cuanto dispuesto por la norma constitucional que contiene el derecho fundamental y que tendrán la naturaleza jurídica de garantías primarias.

El carácter absoluto y relativo de los derechos fundamentales¹⁰³² (sobre todo teniendo presente que el propio ASENSIO MELLADO al referirse a los denominados derechos fundamentales absolutos reconoce que los mismos son susceptibles en ciertas condiciones y fragmentariamente de limitación en el marco de una investigación penal¹⁰³³) y una clara consideración de sus limitaciones como normas de garantía primarias tendrá consecuencias en el enfoque que se tenga en el debate de los efectos de la prueba irregular, o más bien en una adecuada conceptualización de las mismas, cuya infracción puede dar lugar en estricto rigor a pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales¹⁰³⁴.

El considerar que el aspecto positivo y negativo en los términos que hemos indicados, coincide con el análisis que la STC 81/1998 denomina «índole y características de la vulneración del derecho materializado en prueba originaria». Sin embargo, contrariamente a cuanto indica la citada sentencia, éstos no pueden considerarse una exigencia del juicio de ruptura del nexo de antijuridicidad, sino un elemento esencial inherente para la determinación de la violación de un derecho fundamental que debe concretarse en la constatación de que la prueba obtenida lo ha sido dentro o fuera de los casos legal y constitucionalmente autorizados para consentir su injerencia, esto es: si se han o no respetado los requisitos y condiciones constitutivas de su limitación, sin que le sea consentido operar una ponderación de los requisitos cuya infracción genera una lesión del derecho (especial contenido del «juicio de ilicitud» explicado *supra*).

Ahora bien, lo que omite el razonamiento de MARTÍNEZ GARCÍA, es señalar cuáles son las garantías secundarias destinadas a proteger el debido respeto y aplicación de estas garantías primarias y que, a mi juicio, coincide con lo que en un primer momento la STC 114/1984 llamó «garantía objetiva e implícita en los derechos fundamentales», cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento requería desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos, o más precisamente con violación de sus garantías primarias; y que hoy pueden considerarse una prolongación procesal de las situaciones subjetivas enucleadas en los derechos

“De modo que, anulada la prueba principal *ex art.* 11.1 de la LOPJ (...) y no existiendo otras pruebas de relevancia que sustenten la condena, se habría quebrado también el derecho del demandante a la presunción de inocencia”.

¹⁰³²MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, op. cit. (n. 94), p. 133 y 138. “La doctrina viene distinguiendo según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna (por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física -art. 15 C.E.-), por lo que cualquier violación de los mismos es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley (por ejemplo, el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio...). Si no se respetasen tales requisitos o presupuestos los resultados obtenidos con la investigación penal serían inutilizables”.

¹⁰³³MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit. (n. 30), p. 52.

¹⁰³⁴ En efecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA se refiere a la prueba irregular como aquella que surge de la constatación de la existencia de prohibiciones probatorias condicionales.

fundamentales sustantivos, sin que ello impida en todo caso que la regla de exclusión pueda tener como supuesto de aplicación la lesión de un derecho fundamental de carácter procesal.

Desde esta perspectiva se entiende que el art. 11.1 LOPJ constituya una explicitación del efecto inherente a la vulneración de derechos fundamentales, esto es que la prueba así obtenida no puede surtir efecto alguno, cumpliendo una función de garantía secundaria de todo derecho fundamental, como parte integrante de este último¹⁰³⁵.

En este sentido, la regla de exclusión de prueba ilícita, en su prohibición de base, estaría dirigida a todo sujeto que pretenda configurar un medio de prueba a través de su propia actuación, sea público o privado¹⁰³⁶, efectuando un llamado a la correcta obtención de los mismos. Tal conclusión personal modifica parcialmente el esquema de la STC 114/1984 ya que el titular del derecho fundamental lesionado, sí tendrá el derecho subjetivo a solicitar que la jurisdicción ordinaria haga efectiva esta garantía secundaria, ordenando la inadmisión de una prueba que en su obtención no haya respetado las garantías primarias, ya que la infracción de tal deber impondrá una violación «directa» del derecho fundamental ya lesionado, reiterando su infracción.

Como consecuencia de ello, el derecho fundamental puede ser violado tanto en sede procesal como extraprocesal y en ambos casos en modo directo. Por ejemplo, en la hipótesis de una prueba material obtenida mediante una entrada y registro sin orden judicial, se habrá verificado una violación directa del derecho a la inviolabilidad del domicilio en virtud de la infracción del estatus negativo que prohíbe injerencias fuera de los casos consentidos por la Constitución y las leyes. Si el tribunal no declara que la prueba ha sido obtenida con infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y por ende la recepciona, vulnera igualmente en modo inmediato y directo el aludido derecho por infracción de su garantía secundaria. Esta estructura impide que la recepción de la prueba pueda considerarse como un acto atentatorio en «modo indirecto» del derecho fundamental, que era el obstáculo con que se encontraba el TC para conocer del recurso de amparo. Otra cosa es que no todos los derechos fundamentales sean susceptibles de recurso de amparo (art. 53.2 CE). En este sentido, un razonamiento lógico implica denunciar la existencia de una laguna dentro de las garantías secundarias de tales derechos «omitidos», pero no una reducción sólo a aquellos señalados en la Sección 1, del Capítulo 2º del Libro I, CE.

¹⁰³⁵ Cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit. (n. 7), p. 65, señalan que la garantía de inadmisión forma parte del contenido constitucional del art. 24 CE y deriva del valor supremo que la Constitución otorga a los derechos fundamentales. Sin embargo, si bien reconocen la contribución del art. 11.1 LOPJ al asentamiento de esta garantía, indican que el mismo no puede significar más que la proyección formal a nivel de legalidad de una garantía de alcance constitucional.

¹⁰³⁶ La STC 114/1984, de 29 de noviembre ha negado valor a la distinción entre acto-público o privado equiparándolos. Es en esta perspectiva en que debiese considerarse el efecto disuasorio al que se refiere la STS 448/1997, de 7 de marzo al indicar que: “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal («Deterrence effect»)”.

Como se advierte, la estructura reseñada sería aplicable a los casos en que el sujeto contra quien se dirige el proceso sea, a su vez, el titular de los derechos fundamentales lesionados (entiéndase de carácter material). Si el titular es un tercero, dada la posición preferente e inviolable de los derechos fundamentales, entra en juego la garantía de inadmisión de la prueba como integrante del derecho fundamental procesal autónomo al proceso celebrado con todas las garantías¹⁰³⁷. Este extremo sería una consecuencia armónica del modo de concebir el principio de inviolabilidad de derechos fundamentales bajo el metafundamento de la democracia jurisdiccional.

b) Regla de exclusión como garantía primaria del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías

Como se indicó en el *capítulo segundo*, el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías como norma de clausura de aquellas garantías constitucionales de carácter procesal no típicamente establecidas, permite ubicar en su seno la regla de exclusión como garantía procesal de carácter objetivo derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales en los términos establecidos por la STC 114/1984.

Desde mi perspectiva, el estatus negativo de este derecho fundamental, está constituido por el deber/obligación del Estado de abstenerse de injerir e infringir las garantías primarias que inciden sobre derechos fundamentales de cuya violación se pretenda obtener elementos probatorios. Por ende, se produce una remisión implícita a todos aquellos límites formales o materiales (normas de garantías primarias) destinados a regular una injerencia lícita de un determinado derecho fundamental, ajustándose –en términos generales– a las reglas informadas por el principio de proporcionalidad en un juicio de ilicitud *ex ante* sobre la antijuridicidad o no de la conducta de base, exceptuada la utilización de criterios ponderativos. El que la infracción de las garantías primarias de un derecho fundamental se entienda comprendida en el aspecto negativo del derecho a un proceso con todas las garantías, implica que el juez ordinario pueda también afectarlas de un modo directo a través de su incorporación en el proceso.

El estatus positivo del derecho a un proceso con todas las garantías, en cambio, implica que el Estado deba, por una parte, proveer al ciudadano los medios para denunciar las infracciones que se cometan sobre las garantías primarias relativas a derechos fundamentales

¹⁰³⁷ Un cierto reconocimiento a esta impostación puede advertirse en la STC 142/2012, de 2 de julio de 2012 (BOE N° 181, de 30 de julio de 2012), f.j. 4°, párrafo 1: “Una vez concluido que en el presente caso el derecho fundamental afectado por la actuación de los agentes de la Guardia Civil es el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), por haberse accedido a una agenda personal, y no el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por haberse accedido a datos de una eventual comunicación telefónica que pudiera haber mediado el recurrente y la coimputada, se pone de manifiesto que el demandante no es el titular del derecho fundamental a la intimidad personal cuya lesión se aduce. Ahora bien, esa circunstancia no impediría apreciar un interés legítimo en el recurrente a que se analice dicha invocación en la medida en que, mediatamente, hubiera podido verse afectado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en su concreta dimensión, ya reiterada por este Tribunal, de prohibición de utilización como elementos probatorios de cargo de pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales (por todas, STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9)”.

(esto es, sobre la perspectiva positiva de cada derecho fundamental); y por otra, que prevea una sanción adecuada a dicha infracción. Aquí se ubican de lleno el mandato del art. 11.1 LOPJ en orden a privar de efectos a la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, sea que la misma haya sido originaria o derivadamente adquirida a partir de tal violación. Lo relevante de esta aproximación, es que el juez se encuentra doblemente obligado a verificar una adecuada protección de los derechos fundamentales. El juez se encuentra obligado a la expulsión del material a través de la aplicación de la regla de exclusión en orden a no admitir, y en su caso no valorar, la prueba así obtenida. De no hacerlo, incurre en dos clases de violaciones: por una parte, procede a lesionar directamente el derecho fundamental de base y, por otra, lesiona directamente, también, la garantía en su dimensión procesal.

Desde este último extremo, se lograría corregir en cierto modo la laguna secundaria de los derechos fundamentales, ya que al considerar que todos se encuentran igualmente comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ, su tutela se encontraría asegurada a través del recurso de amparo por esta causal: infracción directa del art. 24.2 CE por parte del órgano jurisdiccional que no aplique la regla de exclusión debiendo hacerlo.

Otra cuestión relevante es que, el denominado «efecto reflejo», al igual que el recurso de amparo, debiese ser considerado una garantía secundaria de la garantía de inadmisión de prueba ilícita, sin que por tanto el mismo pueda ser objeto de interpretaciones que restrijan su aplicación, porque ello incidiría en el contenido mismo de la regla de exclusión, con particular incidencia en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que constituyen su supuesto de aplicación.

c) Consecuencias procedimentales

Así las cosas, finalmente, desde una perspectiva procedimental, como hemos podido adelantar a propósito de las observaciones formuladas a la STC 114/1984, el TC debe verificar la vulneración de un derecho fundamental de carácter sustancial o procesal, para que la prueba así obtenida deba reputarse ilícita y por ende deba ser excluida por infracción al derecho fundamental al proceso celebrado con todas las garantías, sin que deba entrar en juego el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. Este último sólo será relevante a la hora de determinar el destino final de la causa, esto es, si la misma puede ser fallada directamente –por economía procesal– por el mismo TS; o si por el contrario, atendida la existencia de otras pruebas independientes, corresponda su reenvío al tribunal de instancia. Del mismo modo, se demuestra útil a efectos de circunscribir adecuadamente las competencias del TC cuando éste conoce vía amparo.

Un similar razonamiento puede observarse en las alegaciones del Ministerio Fiscal en la STC 173/2011¹⁰³⁸ el que luego de sostener la ilicitud de los archivos obtenidos desde un

¹⁰³⁸ STC 173/2011, Sala 2ª, 7 de noviembre de 2011 (BOE N° 294, de 7 de diciembre de 2011), apartado «Antecedentes», N° 6: “(...) El hallazgo de los archivos proviene directamente de la medida lesiva del derecho fundamental, pero para determinar si las restantes pruebas derivadas adquieren también ese carácter, es preciso analizar si son jurídicamente independientes (STC 81/1998, de 2 de abril). Por lo que respecta a la testifical del

ordenador portátil con directa lesión del derecho fundamental a la intimidad, y considerar que la declaración del policía es materialmente inescindible de la prueba originaria (en cuanto mera reproducción vía testimonio del acto de injerencia en el derecho fundamental) y que la prueba pericial también se hallaba en conexión de antijuridicidad con el hallazgo ilícito de los archivos pedófilos, pasa a interrogarse sobre la subsistencia de una prueba independiente y lícita consistente en la testifical del encargado del establecimiento. Mientras las primeras deben ser expulsadas, “concluye el Ministerio Fiscal que desde las competencias atribuidas al TC no puede éste efectuar un pronunciamiento sobre la entidad probatoria de dicha prueba a los efectos de su relevancia para la presunción de inocencia, por lo que lo procedente sería declarar la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); anular las resoluciones recurridas y retrotraer el procedimiento al momento anterior a dictarse la Sentencia de la Audiencia Provincial, para que sean los órganos judiciales quienes valoren la suficiencia de la prueba carente del vicio de ilicitud”.

Similar criterio se advierte en el voto particular de la Magistrada Elisa Pérez Vera que, en la misma sentencia, estima parcialmente el amparo en virtud de la injerencia en la intimidad operada sólo por la policía y no por el encargado informático¹⁰³⁹, y dado que la determinación de los medios de prueba que se hallaban en conexión de antijuridicidad no era evidente, entiende debía disponerse la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento condenatorio de la Audiencia Provincial para que procediera a dictar una nueva resolución acorde con los derechos vulnerados.

De esta forma, a modo de observación conclusiva, es pertinente invocar lo señalado por CAMPANER MUÑOZ, en materia de causal recursiva en caso de prueba ilícita y que como se ha insistido en esta investigación, constituye una manifestación de la importancia de una adecuada atribución de naturaleza jurídica a la regla de exclusión que la regule. A juicio del citado autor, “la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías encierra un vicio *in procedendo* cuyo restablecimiento por el TC provocará la nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la formulación de acusación (por todas, STC, Pleno, núm. 184/2003, de 23 de octubre), mientras que la vulneración de la presunción de inocencia como regla de juicio, en

policía, considera el Fiscal que es materialmente inescindible de la prueba originaria, por no ser sino mera reproducción vía testimonio del acto de injerencia en el derecho fundamental; a igual conclusión llega respecto de la prueba pericial, hallándose también en conexión de antijuridicidad con el hallazgo ilícito de los archivos pedófilos. Distinta suerte ha de correr, no obstante, la prueba testifical del encargado del establecimiento, atendiendo a la menor entidad de la lesión del derecho a la intimidad –al no ser intencional– del que tal prueba proviene. Pudiendo considerarse lícita la citada declaración testifical del encargado de la tienda, y habiéndose valorado conjuntamente con otras que sí deben ser consideradas ilícitas y deben, por ello, ser expulsadas del ordenamiento, concluye el Ministerio Fiscal que desde las competencias atribuidas al TC no puede éste efectuar un pronunciamiento sobre la entidad probatoria de dicha prueba a los efectos de su relevancia para la presunción de inocencia, por lo que lo procedente sería declarar la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); anular las resoluciones recurridas y retrotraer el procedimiento al momento anterior a dictarse la Sentencia de la Audiencia Provincial, para que sean los órganos judiciales quienes valoren la suficiencia de la prueba carente del vicio de ilicitud”.

¹⁰³⁹ En este caso, al igual que en STC 173/2011, de 7 de noviembre como en STS 786/2015, de 4 de diciembre, se entiende que el hecho de que el propietario del ordenador deje el aparato encargado a un técnico informático para su revisión, constituye un acto de autorización implícito en orden al acceso de todo su contenido.

tanto que vicio *in iudicando*, será reparada por el TC mediante la anulación de la sentencia de instancia y, corolario de lo anterior, la libre absolución del condenado (*vid., ad exemplum*, STC núm. 141/2001, de 18 de junio)¹⁰⁴⁰.

Tratándose de la prueba ilícita, nos encontraríamos en el primer supuesto; sin perjuicio de que pueda discutirse *de lege ferenda*, sobre el límite procesal de aquella retroacción. La retroacción de las actuaciones bien puede ser fijada a la celebración de un nuevo juicio oral y no al momento previo a la formulación de la acusación, pero poniendo especial énfasis en la efectiva superación de la contaminación psicológica que sufre el tribunal que ya ha tenido contacto con la prueba originaria o derivadamente ilícita, lo ideal sería que el segundo juicio sea celebrado ante una nueva integración del tribunal de instancia. Lo anterior, sin descartar que, aún tratándose de prueba ilícita, el resultado del recurso pueda también apuntar a una absolución directa, la que sólo tendría sentido cuando no exista prueba independiente alguna.

IV. Conclusiones finales desde la óptica de la construcción de la ‘teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita’ propuesta en esta tesis

1. La necesidad de determinar un «fundamento propio» de la regla de exclusión de prueba ilícita, dirigido a explicar el por qué de su *deber ser* en un determinado ordenamiento jurídico, como requisito previo al análisis de su naturaleza jurídica, permite atribuirle una ubicación coherente en relación con el sistema jurídico en su conjunto, en modo que la misma se mantenga fiel a su fundamento y objetivos. Se revisó cómo es que el fundamento axiológico relativo al régimen de exclusión «general» de prueba no es suficiente a tal efecto, debido a que el mismo no tiene en cuenta el carácter especialmente «ético» de la prohibición que le sirve de base, prestándose a su vez a continuas referencias a criterios ponderativos propios del sistema norteamericano como escenario de génesis de la regla. En fin, la posibilidad de enarbolar excepciones que consientan balancear caso a caso la necesidad de tutela de los derechos fundamentales, conducentes a sopesar el reproche subjetivo del accionar concreto obtenedor de prueba, se impone como una aproximación positivamente calificada desde su flexibilidad para aplicar una solución justa en cada caso, como aseveración que –por el contrario– debiese ser fuertemente cuestionada.

2. Desde esta perspectiva, la consideración de la regla de exclusión de la prueba ilícita como «límite» al derecho fundamental a la prueba constituye un revestimiento

¹⁰⁴⁰CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, op. cit. (n. 97), p. 36 s. “Cuestión distinta es que la indebida exclusión de pruebas por su errónea consideración como ilícitas y/o la excesiva extensión de sus efectos reflejos incida en el derecho a la tutela judicial efectiva de la Acusación que se ve privada de su utilización, de tal manera que será por la vía de la violación del expresado derecho fundamental a través de la cual deberá articular su recurso”, y nota 52: “Vid., ad exemplum, la STS núm. 343/2012, de 30 de abril, que estima el recurso de casación del Ministerio Fiscal, articulado por el cauce del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al haber excluido indebidamente el Tribunal de instancia la resultancia de diversas intervenciones telefónicas al considerar que éstas se obtuvieron violando el derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE”.

especialmente dúctil para tales interpretaciones, sobre todo a través de toda una reformulación del reconocimiento y alcance del efecto extensivo de la regla de exclusión. En este sentido, criterios competenciales tales como el de poder instructorio y el fin constitucionalmente legítimo, como manifestaciones de la doctrina del *male captum bene retendum*, hacen que la existencia de prohibiciones de base relativas a conductas antijurídicas en la obtención de pruebas posean una existencia únicamente virtual. La definitiva negación de la regla queda completamente cerrada con el tratamiento recursivo que recibe la hipótesis de denuncia en caso de inaplicación indebida de la misma: el que se la reduzca a un error de motivación hace que forzosamente se la haga depender de su trascendencia en el *iter* argumental de condena, produciéndose así una marcada divergencia deóntica entre el *deber ser* del instituto y el modo en que el mismo es efectivamente aplicado e interpretado por la jurisprudencia. En esta óptica caben todas las críticas formuladas en torno a la exigencia de preparación del correspondiente recurso, como cuestión que relativiza el «deber» del juez en orden a la expulsión oficiosa de tales elementos.

3. Este extremo es importante de subrayar, ya que desde la perspectiva epistémica del proceso, a partir de los fundamentos generales del régimen de exclusión, el principio de neutralidad psíquica del juzgador se enmarca como un objetivo directamente relacionado con la tutela de derechos fundamentales de carácter procesal, desde el derecho a un juez imparcial hasta el derecho a la presunción de inocencia como principio estructural. Sin embargo, más allá de la existencia de una audiencia o fase intermedia estructurada ante un órgano jurisdiccional diverso de aquél encargado de conocer y juzgar, ninguno de los dos sistemas satisface la pretendida imparcialidad al no contemplar un sistema de inhabilitación que impida que el tribunal que ha tenido contacto con el elemento contaminado siga conociendo del asunto. La ubicación del exámen de la antijuridicidad de la prueba, que por los motivos que sea no haya podido ser previamente expulsada, parece ubicarse casi indisolublemente en la fase de valoración en sentido estricto, olvidando una debida consideración del principio de libre convencimiento del juez y la especial naturaleza de la prohibición como supuesto de aplicación, sometiéndola –en definitiva– a un tratamiento de vicio *in iudicando*, que descansa en la falacia de pretender confiar en la motivación como garantía suficiente sobre la no consideración del elemento. Frente a la imposibilidad material y logística de proceder con un régimen de inhabilitación del tribunal, tal aspecto sólo podría resultar eficazmente compensado a través de la identificación de un error *in procedendo* ocasionado por la inaplicación de la regla, que apunte a que el recurso pertinente (casación, amparo) sea efectivamente acogido y el asunto sea nuevamente tramitado ante un tribunal compuesto por miembros no inhabilitados.

4. Como consecuencia del escenario descrito, es que se estimó necesario volver a la base de ciertos conceptos, como la distinción entre el «juicio de validez» del acto probatorio y el «juicio de licitud» de la conducta eventualmente antijurídica que sustenta la prohibición, que pusiera sobre el tapete las modalidades en que operan las reglas técnicas propias del proceso y las reglas de mandato referidas a la conducta de base. Ambos aspectos tienen la virtud de dar

luces sobre el contenido sancionatorio que ha de ser reconocido al fenómeno de la prueba ilícita, representativo del grado de intensidad del régimen de ineficacia de los actos violatorios de derechos fundamentales en materia de prueba, del descarte de consideraciones subjetivas y una adecuada aproximación a los parámetros penales sustanciales que, en todo caso, deben ser analizados desde la perspectiva de la fundamentalidad. En esta línea, también se estimó pertinente revisar el contenido del denominado «juicio de proporcionalidad», en modo de recordar su natural ámbito de aplicación, delineando así la configuración que el mismo ha de tener dentro del juicio de ilicitud de la conducta cuya antijuridicidad en la obtención de prueba se discute, que implica ante todo descartar el «principio de proporcionalidad en sentido estricto», como juicio de ponderación inaplicable en esta sede.

5. Habiendo ya sintetizado el cuadro descriptivo-crítico de las divergencias surgidas del binomio «vigencia» - «eficacia», corresponde entonces enunciar la dimensión pragmática de haber intentado construir una teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita a través de una re-evaluación de la posibilidad de reconocer un fundamento axiológico «propio», específico en relación a aquél construido a propósito del régimen general de exclusión de prueba. Identificar un fundamento axiológico basado en el concepto de democracia jurisdiccional como *principio iuris tantum* inherente al concepto de «Estado de derecho», permite tener una visión más clara acerca de los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la regulación del fenómeno de la prueba ilícita, representando el supuesto previo para dar una solución concatenada y condicionada de los aspectos debatidos a su respecto, esto es: la naturaleza jurídica de la regla; su supuesto de aplicación y el contenido de los efectos de su aplicación y desaplicación.

6. La regla de exclusión de prueba ilícita es una norma de mandato dirigida al juez, respecto de todo tipo de procedimiento, con el objeto de hacer efectivo su «deber» de velar por la tutela de los derechos fundamentales del individuo que resulten lesionados a propósito de la obtención de fuentes y/o medios de prueba que pretendan ser hechos valer en aras a la estimación de la pretensión procesal de la parte que los presenta. En virtud del principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales como requisito esencial de la legitimidad de las decisiones judiciales, se impone un actuar oficioso del juez, con independencia de la titularidad del derecho fundamental lesionado, es decir, con prescindencia de que el sujeto afectado sea parte del proceso o no; e independientemente de que la violación haya sido operada por un agente público o privado. La identificación del fundamento axiológico en los términos que han sido propuestos en este *capítulo conclusivo* permite sostener la existencia de esta regla, aún cuando no existiese una formulación normativa expresa, sin perjuicio de que, de haberla, la misma pueda ser consagrada a través de una técnica legislativa por especialidad o por subordinación. En este último caso, la estructura tipificadora coincidiría con el modo en que la regla sería esbozada en términos implícitos, es decir, en referencia a una categoría, que en este caso sería justamente la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales.

7. En lo que respecta al supuesto de aplicación de la regla de exclusión, esto es, en lo que atañe al concepto de «prueba ilícita», la misma puede ser definida como aquellos elementos cuya capacidad para ser reconocidos como prueba, es negada por el ordenamiento jurídico, en atención a haber sido obtenidos, procesal o extraprocesalmente, con violación de derechos fundamentales. Surge entonces de la existencia de una norma de mandato dirigida a todo sujeto, público o privado, de desplegar una actividad probatoria que *no* implique una injerencia ilegítima en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. La estructura de la norma de mandato reviste un carácter prohibitivo sustancial, es decir, no requiere de una formulación normativa en términos prohibitivos expresos que apunte al establecimiento de una «obligación de no hacer», sino que la misma también puede ser formulada en términos tácitos, y derivarse de la infracción de una «obligación de hacer» a partir de una interpretación sistémica y funcional de la previsión normativa puesta en tutela de un derecho fundamental. Ello sin perjuicio, de las diferencias que su reintegración pueda exigir en términos de su particular régimen procesal de ineficacia.

8. La prohibición constitutiva del supuesto de aplicación de la regla de exclusión con las precisiones *supra* apuntadas, requiere entonces particularizar la naturaleza jurídica del derecho fundamental susceptible de ser lesionado a estos efectos. Desde esta óptica, el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales como requisito sustancial *sine qua non* del concepto de prueba en sí mismo, necesario como presupuesto de la legitimidad de toda decisión judicial y, por tanto, operativo en todo tipo de proceso, apunta a la lesión de derechos fundamentales de carácter material. Se produce así una coincidencia entre el fundamento axiológico de la existencia misma de la regla de exclusión y su consecuente aplicación en los casos en que sea lesionado un derecho fundamental material. En este sentido, la dificultad en orden al contexto en que ha de producirse dicha lesión debiese considerarse ampliamente superada, ya que los mismos pueden ser afectados en el ámbito eminentemente extraprocesal, esto es, preprocesal, pero también y obviamente con ocasión de la actividad probatoria que se produzca procesalmente, sea en sede de investigación preliminar como en incidente probatorio y en el juicio mismo. De ahí entonces que el ámbito de operatividad de las prohibiciones de conductas antijurídicas atentatorias de dichos derechos encuentren su sede natural, mas no exclusiva, en la esfera de las actuaciones propias del descubrimiento y obtención material de fuentes de prueba. La lógica indica que una vez identificada la fuente, sea a través de actividad no regulada (propia del actuar privado) o a través de los medios de búsqueda (actos de investigación), queda satisfecha su función inherente, esto es, dar lugar a la identificación de los medios de prueba *–constituteo constituenda–* cuya adquisición/incorporación al proceso será posteriormente solicitada en sustento de la respectiva pretensión. Aquí cobra todo su valor el tener a la vista la doble naturaleza jurídica de las normas reguladoras de tal actividad.

9. Las normas reguladoras de la actividad de investigación, desde la perspectiva del sujeto que la conduce, tienen la naturaleza jurídica de normas de competencia que en cuanto

reglas técnicas les impone precisamente seguir una determinada disciplina para el ejercicio del poder atribuido en vistas a la obtención de medios de prueba. De este modo, verificada una «inobservancia» de estas reglas, el ordenamiento jurídico no puede no reaccionar desconociendo el resultado institucional pretendido, que no es otro que la obtención de un medio de prueba y su posterior reconocimiento como «prueba». En este contexto, se insiste, al ordenamiento le es indiferente el grado de reproche de la conducta en sí, bastándole constatar la desviación del modelo legal para que no reconozca al vehículo que pretende alcanzar el resultado institucional perseguido. Sin embargo, tales normas, ahora desde la perspectiva del sujeto titular del derecho fundamental afectado por la actividad de obtención de prueba, cuando las mismas están orientadas a cumplir el rol de normas de desarrollo de dicho derecho y regulan los modos en que legítimamente puede incidirse en su pleno ejercicio, adquieren la naturaleza jurídica de garantías primarias de éste, sea en clave de límites materiales como formales. Bajo este prisma, por ende, han de considerarse –normas de mandato– que al yuxtaponerse a la regla técnica, tienen por función fortalecer el efecto disuasorio de éstas a través de la intimidación manifestada en una intensificación de la inutilidad del dato así obtenido, no ya en cuanto mera obtención de un medio de prueba, sino como eliminación de toda consecuencia que de su verificación pueda derivarse. A partir de esta necesidad de sancionar en el plano procesal con un efecto añadido al propio de la nulidad de las reglas técnicas, surge entonces la regla de exclusión y su efecto absoluto, total y expansivo garantizado por el denominado efecto reflejo.

10. Sin embargo, dentro de los derechos fundamentales de carácter material, surge el derecho fundamental a la libertad personal como aquél que puede ser especialmente susceptible de lesión en el marco del proceso penal, por el solo hecho de ser la instancia destinada a hacer efectivo el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Esta constatación exige entonces la identificación de un segundo principio *iuris tantum* especialmente aplicable a la sede penal y que en esta tesis se ha hecho consistir en el «principio de no condena de inocentes». En su función «ética» el mismo se encuentra dirigido a excepcionar la aplicación misma de la regla de exclusión cuando el elemento probatorio así obtenido pueda ser relevante para la acreditación de la inocencia del imputado expuesto, de otra forma, a una ilegítima afectación de su derecho a la libertad personal. De este extremo surge, a su vez, su función epistémica, que en cuanto tal no sólo interesa a la figura del imputado, sino también a aquélla de la víctima, respecto de quien el valor del principio se estructura en base a su interés de condena del culpable. Como consecuencia de ambas funcionalidades, ocurre entonces que la finalidad epistemológica del proceso cobra especial relevancia en sede penal y ello es lo que amerita una particular aproximación a los principios rectores de la formación de la prueba.

11. El principio de no condena de inocentes impone entonces que los principios *iure et in iure* relativos a la contradicción, intermediación, y defensa adquieran una virtualidad particularmente exigente en vistas a la satisfacción del principio de presunción de inocencia y de imparcialidad del tribunal. En este sentido, el binomio principio de presunción de inocencia como criterio estructural del procedimiento y el principio de imparcialidad del tribunal orientan

el régimen procesal con que ha de impostarse la regla de exclusión de prueba ilícita, determinando que el contenido del efecto sea idealmente circunscrito a una expulsión anticipada del material así obtenido. En otras palabras, permite plantear la prohibición de base en términos de reglas de inadmisión (prohibición de admisión) a evaluarse por un tribunal distinto de aquel encargado del conocimiento sobre el mérito del asunto; y tan pronto como se tenga conocimiento de la ilicitud. En este prisma podría incluso plantearse como una garantía secundaria del «juicio de acusación» en cuanto garantía procesal destinada a evitar que el ciudadano sea objeto de acusaciones arbitrarias o infundadas. En este orden de ideas, en caso que dicho material haya igualmente sido ingresado y rendido en el proceso, se impone que el análisis sobre su licitud sea ubicado dentro del procedimiento probatorio objetivo, esto es, antes de que se proceda con la fase de valoración en sentido estrictamente subjetivo. De este modo, cuando la regla sea incluso desaplicada en esta fase, requiere entonces que a efectos recursivos el mismo sea considerado un error *in procedendo*, ajeno a su trascendencia en el *iter* argumental. En segundo lugar, el mentado binomio, también incide en el supuesto de aplicación de la regla, determinando la extensión de su ámbito no sólo a los derechos fundamentales de carácter material, sino también a aquéllos de carácter procesal esencialmente vinculados a la formación de la prueba. Como consecuencia de ello, habría de formularse la prohibición de que «prueba»(entre comillas) adquirida sin observancia de los principio de contradicción e inmediación, pueda ser puesta a la base de las decisiones judiciales penales y ello redundaría también en esbozar la existencia de verdaderas prohibiciones de asunción de prueba, en los casos en que tales principios sean obliterados.

12. La regla de exclusión de prueba ilícita, en ambos casos, es decir tanto en hipótesis de lesión de derechos fundamentales de carácter material como procesal (infracción a la prohibición de ingreso de actos de investigación, así como de las garantías puestas en tutela del principio de contradicción e inmediación), la norma violada es una orden y por tanto el acto ilícito ejecutado por el juez es una omisión. La reparación no puede excluir la desaparición de las consecuencias de la omisión, pero sí puede interrumpir dicha omisión sustituyéndola por la acción contraria, por lo que la reacción del ordenamiento jurídico en el caso de omisión puede consistir, principalmente, en provocar el cumplimiento de la acción contraria, o bien en disponer las condiciones necesarias para su cumplimiento, en modo que –no obstante la transgresión– los objetivos predeterminados por la norma violada o su objetivo equivalente o subrogado puedan ser alcanzados. Este es el motivo por el cual la inaplicación de la regla de exclusión deba dar lugar a un error *in procedendo* y explique el por qué entender comprendida la infracción de garantías procesales no deba ser afrontada desde el temor a la impunidad por el mero incumplimiento de «formas» procesales. En primer lugar, porque como se ha venido exponiendo, el respeto de tales mentadas formas obedece al respeto sustancial de garantías procesales que inciden fuertemente en una eventual injerencia demoledora de la libertad personal; y, segundo, porque a su respecto, al tratarse de actuaciones esencialmente repetibles, basta con que una vez acogido el respectivo recurso se proceda a su «rendición» en conformidad con el modelo legal y constitucional, para que pueda ser legítimamente ejercido el

ius puniendi del Estado; sin que por ello pueda estimarse desnaturalizado el carácter sancionatorio de la aplicación de la regla con una interpretación coherente de la prohibición que le sirve de base y el ámbito en que ésta se verifica, es decir, al interior del proceso, más precisamente en el juicio oral. En este sentido, la insubsanabilidad generalmente predicable a su respecto no deja de ser tal en virtud de este modo de proceder, puesto que precisamente al ser insubsanable en el marco del proceso, su reparación sólo puede ser alcanzada a través de la celebración de un nuevo juicio, respetuoso de las mismas, ante tribunal no inhabilitado que decida sobre el mérito del asunto.

13. Se ha tenido ocasión de exponer, por qué entonces la infracción de derechos fundamentales materiales, por su sede natural de verificación, esto es, fuera del proceso requiera entonces de una sanción absoluta y expansiva; y se acaba de argumentar a favor de la consideración dentro del supuesto de aplicación de la regla de exclusión la lesión de derechos fundamentales de carácter procesal relacionados con la formación de la prueba en sede intraprocesal. Ahora corresponde extender también el ámbito de aplicación de éstos últimos precisamente a la fase extraprocesal, más allá de los casos relativamente indiscutidos en el contexto español referidos a la afectación del derecho a ser informado sobre la acusación; a la defensa del letrado; a no declarar contra uno mismo; a no confesarse culpable; a no declarar por motivos de parentesco o secreto profesional. Cuando la infracción de una garantía procesal se produce extraprocesalmente, la inaplicación de la regla de exclusión como error *in procedendo* tiene como limitación de retroacción precisamente el proceso, de modo que al igual que las lesiones de derechos fundamentales materiales, no podría extenderse al momento anterior a la dictación del respectivo auto de apertura de juicio oral, sin perjuicio de que, en su caso, en mérito a tal decisión pueda solicitarse derechamente el sobreseimiento definitivo del imputado.

14. Ahora bien, el que las garantías de contradicción, intermediación y defensa propias de la formación de la prueba también hayan de estimarse eventualmente configurables en sede extraprocesal resulta crucial en vistas al ejercicio del poder administrativo sancionador, en modo de evitar que actividad probatoria obtenida en una sede donde se debate la vigencia de estas garantías, pueda por esta vía ingresar como medio de prueba legítimamente adquirido al juicio oral. En este sentido, la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales de carácter procesal en sede extraprocesal habrá de seguir el régimen jurídico concebido para las lesiones materiales de los mismos, con la misma intensidad sancionatoria, absoluta y extensiva. Se trata de un extremo que ha de ser cuidadosamente tratado debido al efecto disruptor propio del mismo y que puede y –de hecho ha generado– importantes confrontaciones desde la perspectiva de la cooperación internacional, siendo ejemplo paradigmático de ello cuanto acontecido en el conocido «caso Falciani», a propósito del cual es posible advertir una notable laxitud en la tutela de derechos fundamentales de parte de las jurisdicciones de ambos sistemas jurídicos de referencia, que incluso parece dejar de lado la más mínima consideración sobre la

atendibilidad epistemológica de los datos así conseguidos, en la loable inspiración determinada a afrontar la lucha contra la evasión y sus perniciosas consecuencias¹⁰⁴¹.

15. Así las cosas, bajo la identificación de un fundamento axiológico propio estructurado bajo el paradigma del Estado democrático de Derecho, la regla de exclusión de prueba ilícita presenta una naturaleza jurídica poliédrica, dependiente de la perspectiva desde la cual se la analice, pero que parte del hecho de ser concebida en primer lugar como norma categórica dirigida al juez. Es la indebida inaplicación operada por el juez la que gatilla su virtualidad como garantía procesal destinada a tutelar la posición del sujeto en contra del cual se pretenda hacer valer un elemento así obtenido. En esta óptica constituye la infracción de una garantía primaria dispuesta en protección del derecho al debido proceso (celebrado con todas las garantías), como expresión del principio de legalidad probatoria, con la consecuente consideración del denominado efecto reflejo como garantía secundaria del mismo, dispuesto precisamente para asegurar la efectividad de dicha garantía. Luego, el que el supuesto de aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita sea concretado en la lesión de derechos fundamentales materiales, determina su consideración, a su vez, como garantía secundaria de éstos, derivada de la posición preferente que los mismos gozan en el ordenamiento jurídico, y que, en el ámbito del proceso se ve fortalecido por el carácter procesal garantístico de la regla ya que exige que su estimación no quede circunscrita al hecho de tratarse del titular del derecho lesionado ni del carácter del agente provocador de la misma. Esta manera de concebir la regla, por lo demás, permite superar las lagunas secundarias en materia recursiva, esto es, cuando no se consienta una explícita impugnación por todos y cada uno de los derechos fundamentales materiales que puedan encontrarse elencados en la Constitución, ya que a través de la infracción del debido proceso –cuya lesión debiese estimarse indiscutida– se pasa directamente a analizar su supuesto de aplicación sin que quepa cabilar restricciones en este sentido, y que – como se ha visto– permite incluso la ampliación de su ámbito operativo a ciertos derechos fundamentales de carácter procesal que puedan incidir ilegítimamente en la lesión del derecho fundamental a la libertad personal en el marco del proceso penal.

16. Una segunda manifestación pragmática de la teoría, radica en solucionar adecuadamente la cuestión del contenido del efecto de la regla, cuya aplicación debiese

¹⁰⁴¹ Al respecto, para una muestra panorámica del tema, *vid.*: BUCCISANO, Andrea, “Cooperazione amministrativa internazionale in materia fiscale”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc.7-8, I, 2012, p. 669-720; CONTE, Diego, “Dove sta scritto che la lista Falciani è illecita?”, en *Diritto & Giustizia*, disponible online en http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000058732/Dove_sta_scritto_che_la_Lista_Falciani_e_illecita.html?cnt=7; CORRADO, Leda Rita, “Accertamento: La Lista Falciani è utilizzabile come prova dell'evasione”, en *Diritto & Giustiziaonline*, fasc. 18, 2015, p. 105 ss.; GIORGETTI, Mariacarla, “Scudo fiscale e successivo accertamento: onere o qualità della prova?”, en *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 1, 2012, p. 211-215; MISCALI, Mario, “Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc. 9, I, 2012, p. 759-785; SCALIA, Roberto, “Notte sulle liste di correntisti «provenienti» dall'estero e sul loro impiego nell'accertamento tributario”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc. 3, II, 2013, p. 185-199.

constituir, ante todo, una prohibición de admisión con la consecuente prohibición de utilización de los datos cognoscitivos adquiridos; una prohibición de asunción tanto en los casos en que la configuración no pueda ser apreciada con anterioridad como cuando su rendición no respete las garantías procesales esenciales para la formación de la prueba; una prohibición de ser tenida en cuenta en la decisión en una apreciación objetiva previa a la fase de valoración en sentido subjetivo. En modo concatenado a la naturaleza de los derechos fundamentales susceptibles de lesión, resulta está que el ámbito de operatividad de la regla no queda reducido a la sola incorporación procesal en sentido estricto, sino que la misma posee un espectro más amplio que el juicio mismo. En cuanto a los aspectos relativos a su régimen procesal, resulta que su denuncia ha de tener lugar en cuanto se tenga conocimiento del vicio, propendiendo a una expulsión anticipada de este material; sea deducible de oficio a petición de parte, en cualquier estado del proceso; y que su inaplicación repercuta en la configuración de un vicio *in procedendo*.

17. En conclusión, creo poder afirmar que el banco de prueba de la teoría del derecho bajo el paradigma constitucional de FERRAJOLI, unida a sus observaciones en materia de teoría constitucional, puede estimarse superada satisfactoriamente, puesto que al alero de esta visión transversal, ha sido posible identificar un fundamento axiológico que responde coherentemente a las cuestiones debatidas que esta investigación se había propuesto inicialmente afrontar. No obstante ser consciente de que la posición sustentada en esta tesis pueda ser encasillada dentro de las llamadas líneas «garantistas a ultranza»¹⁰⁴², y sin perjuicio de que ya tan solo el uso del término «garantista» me parezca cuestionable, la intención orientadora de la misma ha sido únicamente ser honesta, en el sentido de patentar como es que bajo la vociferación de una cierta ideología democrática se conduzcan soluciones que desvirtúan los sustratos propios de la técnica de instituciones largamente discutidas y decantadas en un contenido relativamente claro. En otras palabras, se trata de evidenciar que tal vez los valores axiológicos que trasuntan la regulación y consideración del proceso pueden haber experimentado una «legítima» e incluso «justificada» variación, pero en tal caso el discurso habría de ser transparentado bajo una profunda reformulación de las nociones clásicas en que se funda el proceso. En caso contrario, en cambio, si aún podemos compartir sinceramente el valor superior de tutela de derechos fundamentales en el marco de un Estado Democrático de Derecho, entonces sería oportuno optar por interpretaciones y aproximaciones que permitan mantenernos fiel a la palabra empeñada.

¹⁰⁴²DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*”, op. cit. (n. 848), p. 1590. “En esa confrontación dialéctica entre interés público-privado ya referida, cuyo tamiz o árbitro en cada caso, es el concreto proceso de que se trate, se observa que la contienda trata de hallar nuevos y permanentes equilibrios que no quiebre, por ninguno de sus flancos, los dos polos del tema: el garantismo y la evitación de la impunidad”.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales en italiano

A.A.V.V., *Manuale di Procedura Penale* (8ª edición, Bologna, Monduzzi, 2008), 683 p.

A.A. V.V., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura de Giulio Ubertis (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1992), 285 p.

A.A.V.V., *Lezioni sul nuovo processo penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1990), 332 p.

A.A.V.V., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. por Mario Chiavario (Torino, Utet, 1989).

ALLENA, Gianni, “*Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, fasc. 2, p. 506-528.

ALLORIO, Enrico, “*Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*”, en *Giurisprudenza italiana* (Torino, Utet, 1960), vol. CXII, parte I, sez. 2, c. 867-872, y en *Studi in onore di Biondo Biondi* (Milano, Giuffrè, 1965) vol. IV, p. 215 ss.

AMODIO, Ennio, “*Il diritto delle prove penali nel pensiero di Mirjan Damaška*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 10-15.

AMODIO, Ennio, “*Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 3-9.

AMODIO, Ennio, “*Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell’interrogatorio dell’imputato in un libro recente*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 408-419.

AMODIO, Ennio, “*Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 373-376.

AMODIO, Ennio, “*Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, p. 310-339.

AMODIO, Ennio, “*Modalità di prelevamento di campioni e diritto di difesa nel processo per frodi alimentari*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 76-121.

ANGELONI, Franco, *Le prove illecite. Disciplina e rilevanza giuridica delle prove illecite nel processo civile, penale e del lavoro*, en coll. *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, dirigida por Francesco Galgano (1ª edición, Padova, Cedam, 1992), 624 p.

ANTONIONI, Filippo, “*Regole di prove legale e processo penale*”, en *Giustizia penale*, 1955, III, c. 8-18.

BERTOROTTA, Francesco, “*Mezzi di prova disposti d’ufficio dal giudice e principi accusatori*”, en *Archivio della Nuova Procedura penale* (Piacenza, Editrice La Tribuna, 1992), p. 9-11.

BIANCHI, Giuseppe, “*Prove illegittimamente acquisite e giudizio abbreviato*”, en *La difesa penale*, 1990, p. 43-48.

BOBBIO, Norberto, voce “*Sanzione*”, en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1969), vol. XVI, p. 530-540.

BONETTI, Michele, “*Gli indizi nel nuovo processo penale*”, en *L’indice penale*, 1989, p. 487-503.

BORASI, Ivan, “*Exclusionary rule, invalidità derivata e rapporto di presupposizione in tema di attività perquirente ed intercettazioni*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 627-631.

BORASI, Ivan, “*Principio dispositivo, favor rei e utilizzabilità delle prove penali*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 383-387.

BROGGINI, Gerardo, “*La prova nel processo romano arcaico*”, en *Jus*, XI, 1960, p. 348-385.

BUCCISANO, Andrea, “*Cooperazione amministrativa internazionale in materia fiscale*”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc.7-8, I, 2012, p. 669-720.

CAPPELLETTI, Mauro, “*Ritorno al sistema della prova legale?*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 139-141.

CAPPELLETTI, Mauro, *Processo e ideologia* (1ª edición, Bologna, Il Mulino, 1969), 569 p.

CAPPELLETTI, Mauro/VIGORITI, Vincenzo, “*I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 604 – 650.

CARNELUTTI, Francesco, “*La malattia del processo penale italiano*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 1-8.

CARNELUTTI, Francesco, “*Chiose*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1961, p. 621-629.

CARNELUTTI, Francesco, “*A proposito di ricerca della verità*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1960, p. 675-679.

CASIRAGHI, Roberta, “*Prove vietate e processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1768-1800.

CAVALLARI, Vincenzo, “*Effetti della dichiarazione d’incostituzionalità della norma processuale penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, p. 78-101.

CAVALLARI, Vincenzo, “*Considerazioni in tema di annullamento degli atti processuali penali*”, en *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marisco* (Milano, Giuffrè, 1960), vol. I, p. 215-248.

CAVALLONE, Bruno, “*Riflessioni sulla cultura della prova*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 947-983.

CAVALLONE, Bruno, “*Critica della teoria delle prove atipiche*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 679-740.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*”, en *Cassazione penale*, fasc. 5, 1996, 899, p. 1547-1561.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, fasc. 1, p. 113-147.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Repressione del crimine ed incostituzionalità dei mezzi di prova*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1972, fasc. 4, p. 589-618.

CONSO, Giovanni, “*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1970, p. 3-12.

CONSO, Giovanni, “*Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1966, p. 405-418.

CONSO, Giovanni, “*Considerazioni sul processo Egidi dopo l’intervento della Corte Suprema*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 564-576.

CONTE, Diego, “Dove sta scritto che la lista Falciani è illecita?”, en *Diritto & Giustizia*, disponibile online en http://www.dirittoegiustizia.it/news/15/0000058732/Dove_sta_scritto_che_la_Lista_Falciani_e_illecita.html?cnt=7

CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale* (1ª edición, Padova, Cedam, 2007), 539 p.

CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1963), 241 p.

CORDERO, Franco, “*Prove illecite nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 32-55; también en *Ius*, 1961, p. 68

CORDERO, Franco, “*Nullità, sanatorie, vizi innocui*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, t. II, p. 680-732.

CORRADO, Leda Rita, “*Accertamento: La Lista Falciani è utilizzabile come prova dell’evasione*”, en *Diritto & Giustiziaonline*, fasc. 18, 2015, p. 105 ss.

DANIELE, Marcello, “*L’impatto del ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionale*”, en *Rivista Penale Contemporaneo. Trimestrale*, N° 3, 2016, p. 63-78.

DE GREGORIO, Giulio G., “*Alcune note in torno «all’inutilizzabilità» degli atti nel processo penale*”, en *Cassazione penale* (Milano, Giuffrè, 1992), p. 1104-1135.

DE LUCA, Giuseppe, “*Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 1255-1276.

DE LUCA, Giuseppe, “*La cultura della prova e il nuovo processo penale*”, en *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura de M.C. Bassiouni, A.R. Latagliata y A.M. Stile, vol. II, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1988), p. 179-215.

DENTI, Vittorio, voce “*Prova documentale*” (*dir. proc. civ.*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 713-720.

DENTI, Vittorio, “*Perizie, nullità e contraddittorio*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1967, p. 395-406.

DENTI, Vittorio, “*Nullità degli atti processuali civili*”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, Utet, 1965), vol. XI, p. 467-486.

DENTI, Vittorio, “*L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 31-70.

DENTI, Vittorio, “*Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*”, en *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, p. 836 y ss.

DINACCI, Filippo, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè, 2008), 190 p.

DI MARTINO, Corrada/PROCACCIANTI, Teresa, *Le intercettazioni telefoniche* (1ª edición, Padova, Cedam, 2001), 269 p.

DI PALMA, Elizabeth, “*Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191c.p.p.*”, en *Cassazione penale*, 1994, p. 3161-3167.

FASSONE, Elvio, “*Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*”, en *Questione Giustizia*, 1989, p. 848-867.

FERRUA, Paolo, “*La ristrutturazione del processo penale in cerca di autore*”, en *Questione Giustizia*, 2005, p. 779-794.

FILIPPI, Leonardo, “*Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto «attrezzato per il suono»*”, en *Cassazione penale*, 2004, p. 2094-2101.

FIORE, Stefano, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale* (1ª edición, Napole, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007), 219 p.

FOSCHINI, Gaetano, “*La fase della escussione*”, en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. I, 1965, p. 473-511.

FOSCHINI, Gaetano, *Sistema del diritto processuale penale* (2ª edición, Milano, Giuffrè, 1965), vol. I, 554 p.

FOSCHINI, Gaetano, “*La istruzione preliminare*”, en *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marisco* (Milano, Giuffrè, 1960), vol. I, p. 533-602.

FLORIAN, Eugenio, *Delle prove penali* (1ª edición, Milano, Villardi, 1924), vol. I, 395 p.

FURNO, Carlo, *Contributo alla teoria della prova legale* (1ª edición, Padova, Cedam, 1940), 200 p.

GABRIELLI, Chiara, “*La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, fasc. 1, nota sentenza Casación Penal, Sesión IV, de 12 de marzo 2013, p. 379-393.

GAITO, Enzo, “*Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni a mezzo microspie*”, en *Giurprudenza penale italiana*, 1991, II, c. 430-432.

GALANTINI, Novella, “*Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 64-90.

GALANTINI, Novella, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale* (1^a ed., Padova, Cedam, 1992), 467 p.

GHIARA, Aldo, “*L’incidenza dibattimentale delle attività compiute nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori delle legge-delega*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 373-395.

GIANTURCO, Vito, “*La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 507-524.

GIORDANO, Luigi, “*Percorsi della giurisprudenza in tema di intercettazioni*”, en *Cassazione penale, supplemento*, N° 6, 2016, p. 278-292.

GIORGETTI, Mariacarla, “*Scudo fiscale e successivo accertamento: onere o qualità della prova?*”, en *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 1, 2012, p. 211-215.

GIOSTRA, Glauco, “*Quale utilizzabilità delle intercettazioni abusive?*”, en *Cassazione penale*, 2006, 1438, p. 3492-3595.

GIULIANI, Alessandro, voce “*Prova*” (*filosofia*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 518-579.

GIULIANI, Alessandro, “*L’ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1988, p. 598-614.

GRAMATICA, Filippo, voce “*Difesa sociale*”, en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1960), vol. V, p. 635-637.

GRANATA, Antonino, “*L’art. 507 c.p.p. extra ratio del sistema probatorio penale o norma parzialmente inconstituzionale?*”, en *Archivio della Nuova Procedura penale* (Piacenza, Editrice La Tribuna, 1992), p. 55-57.

GREVI, Vittorio, “*Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 316-342.

GREVI, Vittorio, “*Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 1064-1082.

GREVI, Vittorio, “*Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 724-745.

GRIFANTINI, Fabio Maria, voce “*Inutilizzabilità*”, en *Digesto delle Discipline Penalistiche* (Torino, Utet, 1993), vol. VII, p. 242-255.

GRILLO, Piero, “*Utilizzabilità della prova e sua acquisizione dibattimentale con particolare riferimento alle intercettazioni telefoniche*”, en *Archivio della Nuova procedura penale*, 1991, p. 428 s.

GUARNERI, Giuseppe, voce “*Difesa sociale*”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1964), vol. XII, p. 465-470.

GUARNERI, Giuseppe, “*L’altare e le vittime (a proposito del libero convincimento del giudice)*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 595-603.

ICHINO, Giovanna, “*Il giudice del dibattimento, le parti e la formazione della prova nel nuovo processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 680-721.

ILLUMINATI, Giulio, “*L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2, 2010, p. 521-546.

ILLUMINATI, Giulio, “*Il nuovo dibattimento: l’assunzione diretta delle prove*”, en *Foro italiano*, 1988, V, c. 355-366.

LATTANZI, Giorgio, “*La formazione della prova nel dibattimento*”, en *Cassazione penale*, 1989, 1872, p. 2298-2305.

LEONE, Giovanni, “*Il legislatore e l’interprete*”, en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, 1965, p. 155-164.

LOZZI, Gilberto, “*L’udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 1077-1103.

LOZZI, Gilberto, “*Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondante e proccupazioni inconsistenti*”, en *Legislazione Penale* (Torino, Utet, 1990), p. 635-664.

LOZZI, Gilberto, “*Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 1276-1300.

LOZZI, Gilberto, “*Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 443-455.

LUPÀRIA, Luca, *La confessione dell’imputato nel sistema processuale penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 2006), 221 p.

MAIOLI, Cesare/CUGNASCO, Roberto, *Profili normativi e tecnici delle intercettazioni dai sistemi analogici al voice over IP* (1ª edición, Bologna, Gedit, 2008), 215 p.

MARINELLI, Claudio, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova* (1ª edición, Torino, Giappichelli, 2007), 286 p.

MARINELLI, Claudio, “*Le videoriprese investigative al vaglio delle Sezione unite: i limiti di impiego negli spazi riservati di natura extradomiciliare*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 1570-1583.

MELCHIONDA, Achille, voce “Prova” (*dir. proc. pen.*), en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1988), vol. XXXVII, p. 649-678.

MELCHIONDA, Achille, “*Prove illegali e prove illecite nel futuro processo penale*”, en *Rivista Penale*, fasc. 2, 1977, p. 129-134.

MISCALI, Mario, “*Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario*”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc. 9, I, 2012, p. 759-785.

MOLARI, Alfredo, “*L’incidente probatorio*”, en *L’indice penale*, 1989, p. 563-602.

MONTELEONE, Girolamo, “*Storia del processo e della dottrina processuale. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*”, en *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 123-132.

NAPPI, Aniello, *Guida al Codice di Procedura Penale* (10^a edición, Milano, Giuffrè, 2007), 1223 p.

NAPPI, Aniello, “*Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*”, en *Cassazione penale*, 1991, 1167, p. 1515-1525.

NOBILI, Massimo, “*Divieti probatori e sanzioni*”, en *La Giustizia Penale*, 1991, III, c. 641-651.

NOBILI, Massimo, “*Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*”, en *Foro italiano*, V, 1989, c. 274-284.

NOBILI, Massimo, “*Il «diritto delle prove» ed un rinnovato concetto di prova*”, en *Legislazione penale*, 1989, p. 395-400,

NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (1^a edición, Bologna, Clueb, 1989), 397 p.

NOBILI, Massimo, “*La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*”, en *L’indice penale*, 1973, p. 223-237.

NOBILI, Massimo, “*Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, 1971, p. 256-296.

NUVOLONE, Pietro, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 442-475.

PANSINI, Gustavo, “*Le ricognizioni nel processo penale*”, en *Archivio Penale*, 1983, p. 677-710.

PANZAVOLTA, Michele, voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, en *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani, 2005), t. XXIII, p. 1-19.

- PANZAVOLTA, Michele, “*Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*”, en *Cassazione penale*, 2003, p. 3974- 3998.
- PATTI, Salvatore, “*Libero convincimento e valutazione delle prove*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1985, p. 481-519.
- PAULESU, Pier Paolo, “*Indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità*”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1992, vol. II, parte II, c. 773-776.
- PAULESU, Pier Paolo, “*Sui limiti di utilizzabilità delle sommarie informazioni*”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1991, vol. II, parte II, c. 417-424.
- PERONI, Francesco, “*Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*”, en *Cassazione penale*, fasc. 3, 2005, p. 922-925.
- PICCICHÉ, Federico, “*Sequestro a seguito di perquisizione illegittima: male captum bene retentum. Il caso Sala in Italia e il caso Loewen in Canada a confronto*”, en *Archivio della nuova procedura penale*, 2011, p. 623-626.
- PIERRO, Guido, *Una nuova specie d’invalidità: l’inutilizzabilità degli atti processuali penali* (1ª edición, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992), 210 p.
- PISANI, Mario, “*Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III, del Progetto di nuovo Codice di procedura penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 197-207.
- PISANI, Mario, “*La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 785-808.
- PISANI, Mario, *La tutela penale delle prove formate nel processo* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1959), p. 25 y ss.
- PISAPIA, Gian Domenico, “*Il nuovo processo penale*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 627-638.
- PISAPIA, Gian Domenico, “*Primi lineamenti del nuovo processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 715-743.
- POTETTI, Domenico, “*Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*”, en *Cassazione penale*, 2002, p. 655-676.
- PUGLIESE, Giovanni, “*La prova nel processo romano classico*”, en *Jus*, XI, 1960, p. 386-424.
- RAMAJOLI, Sergio, “*Le riconoscizioni fotografiche e il loro valore nel sistema processuale penale*”, en *Cassazione penale. Massimario Annotato*, 1981, p. 269-271.
- ROSSINI, Maria Giovanna, “*Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*”, en *L’indice penale*, 1974, p. 184-196.

RUGGIERI, Francesca, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 2001), 155 p.

SABATINI, Giuseppe, “*Prova e giudizio penali nel progresso della tecnica*”, en *Giustizia penale*, 1974, III, c. 1-6.

SABATINI, Giuseppe, voce “*Prova*” (*dir. proc. pen. e dir. proc. pen. militare*), en *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet, 1967), vol. XIV, p. 300-322.

SAMMARCO, Angelo Alessandro, “*Considerazioni sul divieto di utilizzazione di atti nel sistema vigente e nella delega per il nuovo codice di procedura penale*”, en *Cassazione penale*, 1987, 1651, p. 1961-1965.

SCALIA, Roberto, “*Notte sulle liste di correntisti «provenienti» dall'estero e sul loro impiego nell'accertamento tributario*”, en *Rivista di diritto tributario*, fasc. 3, II, 2013, p. 185-199.

SCAGLIONE, Antonio, “*Le indagini preliminari del pubblico ministero*”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 520-528.

SCAPARONE, Metello, “*L'attività probatoria dibattimentale nel nuovo processo penale*”, en *La Giustizia Penale*, 1990, III, c. 65-69.

SCAPARONE, Metello, “*Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1974, p. 283-324.

SCELLA, Andrea, voce “*Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*”, en *Enciclopedia del Diritto, Annali* (Milano, Giuffrè, 2008), vol. II, p. 479-495.

SCELLA, Andrea, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo* (1ª edición, Torino, Giappichelli, 2000), 225 p.

SCELLA, Andrea, “*L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 202-219.

SCELLA, Andrea, “*Brevi osservazioni in tema di accertamenti, rilievi e tutela del diritto di difesa*”, en *Cassazione penale*, 1990, II, 113, p. 278-281.

SEGHETTI, Anna Valeria, “*Intercettazioni telefoniche illegittime per motivazione insufficiente e nullità della custodia cautelare*”, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, II, c. 131-136.

SIRACUSANO, Delfino, “*Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*”, en *Cassazione penale*, 1989, 1370, p. 1591-1599.

SOGGIU, Silvia, “*Sul valore probatorio delle ricognizioni fotografiche nell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 428-439.

SPANGHER, Giorgio, “«E pur si muove»: dal male captum bene retendum alle exclusionary rules”, en *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5, 2011, p. 2827-2829.

TARUFFO, Michele, “Note per una riforma del diritto delle prove”, en *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 237-292.

TARUFFO, Michele, “Prove atipiche e convincimento del giudice”, en *Rivista di diritto processuale*, 1973, p. 389-434.

TONINI, Paolo/CONTI, Carlotta, *Il diritto delle prove penali*(1ª edición, Milano, Giuffrè, 2012), 495 p.

TRANCHINA, Giovanni, “Il valore probatorio de riconoscimento di persone mediante fotografia”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, p. 1005-1009.

TRIGGIANI, Nicola, “Il «diritto alla prova» nel nuovo codice di procedura penale”, en *Archivio della Nuova procedura penale*, 1991, p. 667-671.

UBERTIS, Giulio, “Corte europea dei diritti dell’uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano”, en *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 33-45.

UBERTIS, Giulio, voce “Giusto processo”, en *Enciclopedia del diritto, Annali II* ((Milano, Giuffrè, 2008), vol. I, p. 422 ss.

UBERTIS, Giulio, *Argomenti di procedura penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 2006), t. II, 217 p.

UBERTIS, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale* (1ª edición, Milano, Giuffrè, 1979), 152 p.

UBERTIS, Giulio, “Riflessioni sulle «Prove Vietate»”, en *Rivista Penale*, 1975, p. 705-717.

VASSALLI, Giuliano, “Il diritto alla prova nel processo penale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1968, p. 3-59.

VÉSCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 2, 1970.

VIGNA, Piero Luigi, “La attività investigativa nella fase delle indagini preliminari”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 257-271.

VIGNA, Piero Luigi, “Investigazione e prova nel processo penale”, en *La Giustizia Penale*, 1988, I, c. 321-325.

VIGORITI, Vincenzo, “*Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite (Nota a C. Cost. 2 dicembre 1970, n. 175)*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1972, vol. XXVII, fasc. 2, p. 322-330.

VIGORITI, Vincenzo, “*Prove illecite e costituzione*”, en *Rivista di diritto processuale*, 1968, p. 64 – 73.

VOENA, Giovanni Paolo, “*Ricognizione fotografica e garanzia del contraddittorio*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 1013-1018.

ZIGNANI, Davide, “*Una discutibile pronuncia in tema di prove illegittimamente carpite nel domicilio*”, en *Cassazione penale*, fasc. 4, 2004, p. 1305-1316.

II. Fuentes doctrinales en español

A.A.V.V., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal* (24ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016), 653 p.

A.A.V.V., *Estado de Derecho y decisiones judiciales*(1ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 133 p.

A.A.V.V., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, coord. por PISARELLO, Gerardo/GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (1ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008), 216 p.

A.A.V.V., *La prueba en el proceso penal, Colección Manuales de formación continuada*, (1ª edición, Madrid, CGPJ, 2000), N° 12, 340 p.

A.A.V.V., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales* (1ª edición, Madrid, CGPJ, 1996), 463 p.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, “*Atomismo y holismo en la justificación probatoria*”, en *Isonomía*, N° 40, abril 2014, p. 17-59.

AGUILERA MORALES, Marien, “*La eliminación de las prohibiciones probatorias en el proceso penal: ante una común y preocupante tendencia*”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 3, 2008, p. 1-17.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2009), 246 p.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 46, 2003, p. 57-66.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*La función de las garantías en la actividad probatoria*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, N° 28, 1993, p. 215-242.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho procesal penal* (9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2016), 441 p.

ARMENTA DEU, Teresa, “*La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*”, en *Revista Ius et Praxis*, 2013, N° 2, p. 345-377.

ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (un estudio comparado)* (2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2011), 223 p.

ARMENTA DEU, Teresa, “*Prueba ilícita y Reforma del Proceso Penal*”, en *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, p. 177-211.

ASENCIO MELLADO, José María, “*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013, 12 p.

ASENCIO MELLADO, José María, “*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*”, en *Diario La Ley*, N° 8.009, Sección Doctrina, La Ley, 25 de enero de 2013, 17 p.

ASENCIO MELLADO, José María, “*Prueba ilícita: declaración y efectos*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26, 2012, 55 p.

ASENCIO MELLADO, José María, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66, 2009, p. 85-100.

ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida* (1ª edición, Madrid, Trivium, 1989), 198 p.

ASENCIO MELLADO, José María, “*La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2*”, en *Revista del Poder Judicial*, N° 4, 1986, p. 33-48.

BAÑERES SANTOS, Francisco, “*Proposición y admisión de las pruebas en el proceso penal*”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* N° 12, CGPJ, 2000, p. 75-110.

BAYARRI GARCÍA, Clara Eugenia, “*La prueba ilícita y sus efectos*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Sección Comunicación al Curso sobre “La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”*, CGPJ, N° 28, 2003, p. 421-504.

CAAMAÑO, Francisco, “*El derecho a la defensa y a la asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 113-132.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “*El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 153-178.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime, *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba* (1ª edición, Navarra, Aranzadi, 2015), 277 p.

CARMONA RUANO, Miguel, “*De nuevo la nulidad de la prueba ¿es indiferente el momento en que puede declararse?*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 25, 1996, p. 95-99.

CHOZAS ALONSO, José Manuel, “*Breve reflexión sobre la «prueba ilícita» en el proceso penal español*”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano (Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal)*, coord. por Juan Antonio Robles Garzón y Manuel Pascual Ortells Ramos, vol. 1, 2006, p. 453-462.

CEDENO HERNÁN, Marina, “*Algunas cuestiones suscitadas en torno a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 10, mayo-agosto 2010, p. 203-214.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en ID. (editor), *Estudios sobre derecho, justicia y libertad*. Serie Doctrina Jurídica, N° 275 (1ª edición, México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006), 209 p.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, “*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*”, en *La Ley*, N° 4549, 27 mayo 1998, D-149, p. 1589 s.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “*Validación, construcción de un concepto de teoría general del derecho*”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 31, 2008, p. 643-660.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “*¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción*”, en *Principal* (Especial Coloquio) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos, 2006, disponible en *document.php?id=249*, 33 p.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Últimas tendencias en materia de prueba ilícita*”, Ponencia presentada en el Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con Magistrados/as de lo Penal celebrado en el marco del programa de formación continuado para la Carrera Judicial para 2013, Centro de Estudios Jurídicos, 70 p. Disponible en http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “*Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2001), p. 137-174.

DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, “*La teoría de la conexión de antijuridicidad*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 43, 2002, p. 39-49.

DÍAZ CABIALE, José Antonio/MARTÍN MORALES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida* (1ª edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2001), 245 p.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “*Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9, 1996, p. 57-210.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “*La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”, en A.A.V.V. *Estudios sobre la prueba*, en Colección *Doctrina Jurídica Contemporánea* (1ª edición, México, Fontamara, 2008), p. 15-59, y en *Serie Estado de Derecho y función judicial* (1ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, 2011), p. 1-46.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “*El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Año 17, N° 1, 2010, p. 51-99.

FERRER BELTRÁN, Jordi, “*Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 27-34.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, “*Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero*”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N° 2, 2003, p. 2567-2598.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*”, en *Serie Estado de Derecho y función judicial* (1ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 1ª reimp. 2011), p. 47-88; y en A.A.V.V. *Estudios sobre la prueba*, en Colección *Doctrina Jurídica Contemporánea* (1ª edición, México, Fontamara, 2008), p. 61-102.

GIMÉNEZ PERICAS, Antonio, “*Sobre la prueba ilícitamente obtenida*”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 1992 (diciembre), N° 6, p. 29-36.

GIMENO SENDRA, Vicente, “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio)*”, en *Diario La Ley*, N° 8.027, Sección Tribuna, La Ley, 20 de febrero de 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente, “*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)*”, en *Diario La Ley*, N° 8.021, Sección Tribuna, La Ley, 12 de febrero de 2013, 6 p.

GIMENO SENDRA, Vicente, “*Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*”, en *Diario La Ley*, N° 4042, Sección Doctrina, La Ley, 26 de abril de 1996, p. 1617-1624.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVIII, N° 2, diciembre 2005, p. 187-211. También disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009&lng=es&nrm=iso

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba ilícita*”, en *Persona y Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, N° 54, 2006, p. 363-383.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)*”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, 1990, p. 29-44.

HISTORIA DE LA LEY, Ley N° 19.696 *Establece Código Procesal Penal*, DO. 12.10.2000, 2.479 p., disponible en: <http://s.bcn.cl/lse3a>

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), 229 p.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “*La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N° 3, pp. 457– 494.

KAI, Ambos, “*La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 29, 2013, 28 p.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*(1ª edición, Madrid, Akal, 1989), 268 p.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, “*La eficacia refleja de la prueba prohibida*”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 19, 2009, 21 p.

LUZÓN CUESTA, José María, *La prueba en el proceso penal derivada de entrada y registro* (1ª edición, Madrid, Editorial Colex, 2000), 128 p.

MARTÍN GARCÍA, Pedro, “*La conexión de antijuridicidad: solución errónea al tema de la ilicitud de las pruebas derivadas de otra originariamente ilícita*”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 4, 2003, p. 1039-1064.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba* (1ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009), 226 p.

MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, “*La llamada «prueba ilícita» y sus consecuencias procesales*”, en *Actualidad Penal*, N° 7, 16 al 22 de febrero de 1998, p. 141-162.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 22, mayo 2010, p. 131-151.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2ª edición, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2004), 195 p.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*”, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, p. 53-66.

MUERZA ESPARZA, Julio, “*Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. ¿Una nueva interpretación? [Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81)]*”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1998, vol. IV, Estudios, p. 509-518.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso* (3ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2007), 123 p.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba* (1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010), 374 p.

ORTEGO PÉREZ, Francisco, *El juicio de acusación* (1ª edición, Barcelona, Atelier, 2007), 310 p.

PAULÍ COLLADO, Francisco Javier, “*La prueba ilegalmente obtenida*”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, CGPJ, Madrid, vol. II, 1993, p. 1269 ss.

PASTOR BORGONÓN, Blanca, “*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*”, en *Justicia*, 1986, p. 337-368.

PEREIRA PUIGVERT, Silvia, *La ineficacia de los actos procesales. Sistematización y aclaración de conceptos* (1ª edición, Madrid, Marcial Ponsa, 2011), 133 p.

PICÓ I JUNOY, Joan, “*El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español*”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 527-565.

PICÓ I JUNOY, Joan, “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas*”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19, p. 1871-1879.

PISARELLO, Gerardo/GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (editores), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (1ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 216 p.

RAMOS RUBIO, Carlos, “*La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*”, en *La prueba en el proceso penal, Manuales de Formación Continuada* N° 12, CGPJ, 2000, p. 15-74.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento Procesal de la Nulidad de Actuaciones* (1ª edición, Navarra, Thomson Aranzadi), 289 p.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “*El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril*”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 3 (primer semestre), 1999, p. 315-340.

RODRÍGUEZ SOL, Luis, *Registro domiciliario y prueba ilícita* (1ª edición, Granada, Comares, 1998), 341 p.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*(1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010), trad. por Daniela Accatino Scagliotti, 299 p.

TARUFFO, Michele, *La prueba* (1ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2008), 324 p.

VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, “*Tratamiento de la prueba ilícita*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Sección Constitución y garantías penales, CGPJ*, N° 15, 2003, p. 239-287.

VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal* (1ª edición, Madrid, La Ley, 1993), 414 p.

III. Jurisprudencia

STEDH, Sec. III, 12 mayo 2000, Khan c. Reino Unido.

STEDH, Sec. II, 22 junio 2000, Coëme y otros c. Bélgica.

STEDH, Sec. III, 25 septiembre 2001, P.G. e J.H. c. Reino Unido.

STEDH, Gran cámara, 11 julio 2006, Jalloh c. Alemania.

STEDH, Sec. III, 21 septiembre 2006, Söylemez c. Turquía.

STEDH, Sec. V., 30 junio 2008, Gäfgen c. Alemania.

STEDH, Sec. II, 25 noviembre 2008, Dağdelen y otros c. Turquía.

STEDH, Gran Cámara, 10 marzo 2009, Bikov c. Russia.

STEDH, Sec. II, 6 octubre 2009, Soyhan c. Turquía, §42.

Caso *Boyd v. United States*, 116 US 616, 1886.

Caso *Weeks v. United States*, 232 US 383, 1914.

Caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385, 1920.

Caso *Burdeau v. McDowell*, 256 US, 465, 1921.

Caso *Nardone v. United States*, 308 US, 338, 1939.

Caso *Wolf v. Colorado*, 338 US 42-44, 1949.

Caso *Rochin v. California*, 342 US 165, 1952.

Caso *Elkins v. United States*, 364 US 206, 1960.

Caso *Mapp v. Ohio*, 367 US 643, 1961.

Caso *US v. Calandra*, 414 US 338, 1974.

Caso *US v. Janis*, 428 US 433, 1976.

Caso *US v. Verdugo-Urquidez*, 494 US, 259, 1990.

SCP. Sec. V, 13 marzo 1992

SCP. Sec. III, 8 marzo 1995.

SCP. Sec. V, 22 septiembre 1995.

SCP, Sec. IV, 8 febrero 1994.

SCP, Sec. I, 26 mayo 1994.
SCP, Sec. II, 24 enero 1996.
SCP, SU., 16 de mayo 1996, n. 5021.
SCP. Sec. VI, 21 junio 1996.
SCP, Sec. I, 26 noviembre 1996, n. 11027.
SCP, Sec. V, 26 agosto 1997.
SCP, Sec. II, 4 noviembre 1997.
SCP, Sec. I, 14 noviembre 1997.
SCP, Sec. I, 22 diciembre 1997.
SCP, Sec. IV, 3 noviembre 1999, n. 5801.
SCP, Sec. IV, 16 de marzo 2000.
SCP, Sec. V, 25 junio 2001, n. 32465.
SCP, SU., 30 de octubre 2002.
SCP, Sec. III, 26 febrero 2003, n. 18765.
SCP, SU., 28 de mayo 2003, n. 36747.
SCP, Sez. III, 10 febrero 2004, n. 183.
SCP. Sec. III, 29 abril 2004, n. 26112.
SCP, Sec. III, 5 de mayo 2004.
SCP, Sec. III, 27 mayo 2004.
SCP, Sec. III, 8 junio 2004, n. 31.
SCP, Sec. III, 15 junio 2004, n. 26847.
SCP, Sec. II, 14 junio 2006, n. 3625.
SCP. Sec. III, 21 enero 2006, n. 6757.
SCP. Sec. II 30 enero 2006, n. 3626.
SCP. SU., 28 marzo 2006, n. 26795.
SCP. Sec. II, 14 junio 2006, n. 3625.
SCP, Sec. II, 13 marzo 2007, n. 12929.
SCP. Sec. I, 29 mayo 2007, n. 23967.
SCP, Sec. II, 10 octubre 2007, n. 38903.
SCP, Sec. II, 4 marzo 2008, n. 12105.
SCP. Sec. II, 16 mayo 2008, n. 19647.
SCP, Sec. III, 20 mayo 2008, n. 27068.
SCP, Sec. V, 1° octubre 2008, n. 39042.
SCP, SCP, SU., 30 octubre 2008, Racco.
SCP, Sec. III, 10 febrero 2009, n. 8632.
SCP, Sec. VI, 27 marzo 2009.
SCP, Sec. V., 22 diciembre 2009, n. 1586.
SCP, Sec. I, 28 octubre 2010, Raso, en CED 249021.
SCP, Sec. I, 2 marzo 2010, n. 16293.
SCP, Sec. IV, 2011, n. 2622.
SCP. Sec. III, 26 de noviembre de 2014, n. 15828.

SCC. N° 175, 26 noviembre 1970.
SCC. N° 34, 6 abril 1973.
SCC. N° 120, 7 mayo 1975.
SCC. N° 81, 6 abril 1993.
SCC. N° 81, 11 marzo 1993.

SCC. N° 151, 8 abril 1993.
SCC. N° 238, 9 julio 1996.
SCC, N° 110, 10 abril 1998.
SCC. N° 229, 19 junio 1998.
SCC, N° 410, 16 diciembre 1998.
SCC. N° 304, 19 julio 2000.
SCC. N° 332, 27 septiembre de 2001.
SCC. N° 135, 24 abril 2002.
SCC. N° 348, 24 octubre 2007.
SCC. N° 349, 24 octubre 2007.
SCC. N° 149, 7 mayo 2008.
SCC, N° 106, 3 abril 2009.

STC 25/1981, de 14 de julio (BOE N° 193, de 13 de agosto de 1981), p. 1-5.
STC 31/1981, de 28 de julio (BOE N° 193, de 13 de agosto de 1981), p. 24-27.
STC 55/1982, de 26 de julio (BOE N° 197, de 18 de agosto de 1982), p. 17-18.
STC 113/1984, de 29 de noviembre (BOE N° 305, de 21 de diciembre de 1984), p. 26-28.
STC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE N° 305, de 21 de diciembre de 1984), p. 28-33.
STC 105/1985, de 7 de octubre (BOE N° 265, de 5 de noviembre de 1985), p. 15-19.
STC 107/1985, de 7 de octubre (BOE N° 265, de 5 de noviembre de 1985), p. 23-25.
STC 64/1986, de 21 de mayo (BOE N° 144, de 17 de junio de 1986), p. 12-14.
STC 85/1994, de 14 de marzo (BOE N° 89, de 14 de abril de 1994), p. 42-48.
STC 126/1995, de 25 de julio (BOE N° 200, de 22 de agosto de 1995), p. 41-45.
STC 49/1996, de 26 de marzo (BOE N° 102, de 27 de abril de 1996), p. 16-22.
STC 54/1996, de 26 de marzo (BOE N° 102, de 27 de abril de 1996), p. 41-48.
STC 24/1997, de 11 de febrero (BOE N° 63, de 14 de marzo de 1997), p. 35-38.
STC 45/1997, de 11 de marzo (BOE N° 87, de 11 de abril de 1997), p. 22-27.
STC 49/1999, de 5 de abril (BOE N° 100, de 27 de abril de 1999), p. 67-85.
STC 94/1999, de 31 de mayo (BOE N° 154, de 29 de junio de 1999), p. 33-42.
STC 139/1999, de 22 de julio (BOE N° 204, de 22 de julio de 1999), p. 9-15.
STC 161/1999, de 27 de septiembre (BOE N° 263, de 03 de noviembre de 1999), p. 4-9.
STC 171/1999, de 27 de septiembre (BOE N° 263, de 03 de noviembre de 1999), p. 64-77.
STC 238/1999, 20 de diciembre (BOE N° 17, de 20 de enero de 1999), p. 156-160.
STC 239/1999, de 20 de diciembre (BOE N° 17, de 20 de enero de 2000), p. 160-169.
STC 8/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000), p. 52-58.
STC 50/2000, de 28 de febrero (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 2000), p. 10-13.
STC 98/2000, de 10 de abril (BOE N° 119, de 18 de mayo de 2000), p. 41-48.
STC 126/2000, de 16 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2000), p. 28-35.
STC 127/2000, de 16 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2000), p. 36-42.
STC 136/2000, de 8 de mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000), p. 7-13.
STC 171/2000, de 26 de junio (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2000), p. 19-22.
STC 299/2000, de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001), p. 32-44.
STC 138/2001, de 18 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2001), p. 28-38.
STC 156/2001, de 2 de julio (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001), p. 55-62.
STC 228/2001, de 26 de noviembre (BOE N° 310, de 27 de diciembre de 2001), p. 24-28.
STC 74/2003, de 23 de abril (BOE núm. 118, de 17 de mayo de 2003), p. 10-13.
STC 237/2006, de 17 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2006), p. 59-63.

STC 66/2009, de 9 de marzo (BOE núm. 91, de 14 de abril de 2009), p. 78-90.
STC 70/2009, de 23 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 2009), p. 1-10.
STC 99/2009, de 20 de abril (BOE núm. 125, de 23 de mayo de 2009), p. 93-98.
STC 109/2009, de 11 de mayo (BOE núm. 137, de 06 de junio de 2009), p. 44-53.
STC 111/2011, de 4 de julio (BOE N° 184 de 2/8/2011), p. 1-21.
STC 126/2011, de 18 de julio (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011), p. 1-55.
STC 128/2011, de 18 de julio (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011), p. 73-81.
STC 173/2011, de 7 de noviembre (BOE N° 294, de 7/12/2011), p. 1-19.
STC 142/2012, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012), p. 28-39.
STC 199/2013, Pleno, 5 de diciembre (BOE N° 7, 8 de enero de 2014), p. 55-85.
STC 13/2014, Pleno, 30 de enero (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), p. 79-92.
STC 14/2014, Pleno, 30 de enero (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), p. 93-108.
STC 15/2014, Pleno, 30 de enero (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), p. 109-122.
STC 16/2014, Pleno, 30 de enero (BOE N° 48, 25 de febrero de 2014), p. 123-136.
STC 43/2014, Sala 1ª, 27 de marzo (BOE N° 87, 10 de abril de 2014), p. 100-106.
TC 145/2014, Sala 2ª, 22 de septiembre (BOE N° 261, de 28/10/2014), p. 34-50.
STC 165/2014, Pleno, 8 de octubre (BOE N° 262, de 29 de octubre de 2014), p. 117-128.
STC 54/2015, Sala 2ª, 16 de marzo (BOE N° 98, de 24 de abril de 2015), p. 26-39.

ATS 3773/1992, Sección 1ª, de 18 de junio de 1992, ponente Enrique Ruiz Vadillo.
STS, 135/1995, Sección 1ª, de 29 de septiembre de 1995, ponente Francisco Soto Nieto.
STS, 526/1995, Sección 1ª, de 7 de abril de 1995, ponente Francisco Soto Nieto.
STS, 286/1996, Sección 1ª, de 3 de abril de 1996, ponente Ramón Montero Fernández-Cid.
STS, 625/1996, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 1996, ponente Gregorio García Ancos.
STS, 160/1997, Sección 1ª, de 4 de febrero 1997, ponente Eduardo Moner Muñoz.
STS, 538/1997, Sección 1ª, de 23 abril 1997, ponente Conde-Pumpido Touron.
STS, 471/1997, Sección 1ª, de 7 de abril de 1997, ponente J.M. Martínez-Pereda.
STS, 1131/1997, Sección 1ª, de 23 de septiembre 1997, ponente José Antonio Martín Pallín.
STS, 102/1998, Sección 1ª, de 3 febrero de 1998, ponente Luis Román Puerta Luis.
STS, 2210/2001, Sección 1ª, de 20 de noviembre 2001, ponente Joaquín Giménez García.
STS 885/2002, Sección 1ª, de 21 de mayo de 2002, ponente Enrique Bacigalupo Zapater.
STS 998/2002, Sección 1, de 3 de junio 2002, ponente Joaquín Giménez García.
STS 1203/2002, Sección 1ª, de 18 de julio 2002, ponente Conde-Pumpido Touron.
STS 1259/2002, Sección 1ª, de 3 de julio 2002, ponente Enrique Abad Fernández.
STS 28/2003, Sección 1ª, de 17 de enero 2003, ponente Perfecto Andrés Ibáñez.
STS 58/2003, Sección 1ª, de 22 de enero 2003, ponente Perfecto Andrés Ibáñez.
STS 160/2003, Sección 1ª, de 24 de febrero de 2003, ponente José Jimenez Villarejo.
STS 168/2003, Sección 1ª, de 26 de febrero de 2003, ponente Joaquín Giménez García.
STS 184/2003, Sección 1ª, de 7 de febrero 2003, ponente Miguel Menendez de Luarda.
STS 408/2003, Sección 1ª, de 4 de abril 2003, ponente Julián Sánchez Melgar.
STS 1451/2003, Sección 1ª, de 26 de noviembre 2003, ponente Conde-Pumpido Touron.
STS 59/2004, Sección 1ª, de 22 de enero 2004, ponente Joaquín Giménez García.
STS 339/2004, Sección 1ª, de 16 de marzo 2004, ponente José Soriano Soriano.
STC 136/2006, Sección 1ª, de 8 de mayo 2006, ponente Diego Ramos Gancedo.
STS 330/2006, Sección 1ª, de 10 de marzo 2006, ponente Julián Sánchez Melgar.
STS 556/2006, Sección 1ª, de 31 de mayo 2006, ponente Francisco Moner Ferrer.
STS 926/2006, Sección 1ª, de 6 de octubre 2006, ponente José Soriano Soriano.

STS 25/2008, Sec. 1ª, de 29 de enero 2008, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 1290/2009, Sec.1ª, de 23 de diciembre 2009, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 768/2010, Sección 1ª, de 15 de septiembre de 2010, ponente Diego Ramos Gancedo.
STS 2/2011, Pleno, de 15 de febrero de 2011, ponente Diego Ramos Gancedo.
STS 53/2011, Sec. 1ª, de 10 de febrero de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 132/2011, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2011, ponente Diego Ramos Gancedo.
STS 223/2011, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2011, ponente Luciano Varela Castro.
STS 278/2011, Civil, Sección 1ª, de 28 d abril de 2011, ponente Encarnación Roca Trias.
STS 286/2011, Sección 1ª, de 15 de abril de 2011, ponente Luciano Varela Castro.
STS 297/2011, Sección 1ª, de 7 de abril de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro.
STS 316/2011, Sección 1ª, de 6 de abril de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro.
STS 320/2011, Sección 1ª, de 22 de abril de 2011, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.
STS 460/2011, Sección 1ª, de 25 de mayo de 2011, ponente Luciano Varela Castro.
STS 564/2011, Sección 1ª, de 9 de junio de 2011, ponente Francisco Monterde Ferrer.
STS 808/2011, Sección 1ª, de 15 de julio de 2011, ponente Luciano Varela Castro.
STS 818/2011, Sec. 1ª, de 21 de julio de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 910/2011, Sección 1ª, de 24 de junio de 2011, ponente Siro Francisco García Pérez.
STS 940/2011, Sec. 1ª, 27 septiembre 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 988/2011, Sección 1º, de 30 de septiembre de 2011, ponente Julian Sánchez Melgar.
STS 1113/2011, Sección 1ª, de 18 de octubre de 2011, ponente Alberto Jorge Barreiro.
STS 1044/2011, Sec. 1ª, de 11 octubre de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 1045/2011, Sec.1ª, de 14 octubre de 2011, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 1325/2011, Sec. 1ª, de 2 de diciembre de 2011, ponente Perfecto Andrés Ibáñez.
STS 1396/2011, Sección 1ª, de 28 de diciembre de 2011, ponente Joaquín Giménez García.
STS 1432/2011, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2011, ponente Luciano Varela Castro.
STS 79/2012, Sección 1ª, de 9 de febrero de 2012, ponente Miguel Menendez de Luarca.
STS 661/2013, Sección 1ª, de 15 de julio de 2013, ponente Antonio del Moral García.
STS 686/2013, Seccion 1ª, de 29 de julio de 2013, ponente Julián Sánchez Melgar.
STS 166/2014, Sección 1ª, de 28 de febrero de 2014, ponente Antonio del Moral García.
STS 499/2014, Sec. 1ª, de 17 de junio de 2014, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 577/2014, Sec. 1ª, de 12 de julio de 2014, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 721/2014, Sección 1ª, de 15 de octubre de 2014, ponente Conde-Pumpido Touron.
STS 824/2014, Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2014, ponente Francisco Monterde Ferrer.
STS 906/2014, Sección 1ª, de 23 de diciembre de 2014, ponente José Manuel Maza Martín.
ATS 7744/2014, Sección 1ª, de 29 de septiembre de 2014, ponente Alberto Jorge Barreiro.
STS 20/2015, Sección 1ª, de 28 de enero de 2015, ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.
STS 103/2015, Sección 1ª, de 24 de febrero de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez.
STS 413/2015, Sec. 1ª, de 30 de junio de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 454/2015, Sec. 1ª, de 10 de julio de 2015, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 511/2015, Sección 1ª, de 21 de julio de 2015, ponente Conde-Pumpido Touron.
STS 513/2015, Sección 1ª, de 9 de septiembre de 2015, ponente Antonio del Moral García.
STS 729/2015, Sección 1ª, de 24 de noviembre de 2015, ponente Andrés Martínez Arrieta.
STS 747/2015, Sección 1ª, de 19 de noviembre de 2015, ponente Alberto Jorge Barreiro.
STS 786/2015, Sección 1ª, de 4 de diciembre de 2015, ponente Manuel Marchena Gómez.
STS 864/2015, Sección 1ª, de 10 de diciembre de 2015, ponente Antonio del Moral García.
STS 213/2016, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta.
STS 234/2016, Sección 1ª, de 17 de marzo de 2016, ponente Alberto Jorge Barreiro.

STS 270/2016, Sección 1ª, de 4 de febrero de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez.
STS 300/2016, Sección 1ª, de 11 de abril de 2016, ponente Julián Artemio Sánchez Melgar.
STS 391/2016, Sección 1ª, de 6 de mayo de 2016, ponente José Manuel Maza Martín.
STS 589/2016, Sección 1ª, de 5 de julio de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta.
STS 619/2016, Sección 1ª, de 3 de marzo de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta.
STS 650/2016, Sec. 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente J.R. Berdugo Gómez de la Torre.
STS 652/2016, Sección 1ª, de 15 de julio de 2016, ponente Conde-Pumpido Touron.
ATS 671/2016, Sección 1ª, de 7 de abril de 2016, ponente Andrés Martínez Arrieta.
ATS 1055/2016, Sección 1ª, de 9 de junio de 2016, ponente Manuel Marchena Gómez.

IV. Fuentes normativas

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA, promulgada el 27 de diciembre de 1947, en vigor desde el 1 de enero de 1948, actualizado con las modificaciones introducidas por las leyes de revisión constitucional. Gaceta Oficial 27 de diciembre 1947, n. 298.

CÓDIGO PROCESAL PENAL ITALIANO, aprobado por Decreto del Presidente de la República n. 447, de 22 de septiembre de 1988.

LEGISLACIÓN, *Nuove norme in tema di istruzione e di indagini di polizia giudiziaria*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 356-358.

LEY ORGÁNICA 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

LEY ORGÁNICA 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LEY ORGÁNICA 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

REAL DECRETO de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

