I

NUEVO PROCESO PENAL: SISTEMAS Y VALORACIÓN DE PESOS Y CONTRAPESOS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS Y PROCESO PENAL: LA HERENCIA CULTURAL Y EL SISTEMA JURÍDICO.—3. ITER HISTÓRICO EN LA APARICIÓN DE LOS GRANDES SISTEMAS DE REFERENCIA.—4. LA «CRISIS DE LA PERSECUCIÓN PENAL»: MECANISMOS FRENTE A LA MISMA.—5. PLANTEAMIENTO DE UNA REFORMA CON ARREGLO A PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.—5.1. Principios y derechos irrenunciables.—5.1.1. Principio de igualdad.—5.1.2. Principio de audiencia o contradicción.—5.1.3. El derecho de defensa y sus garantías.—5.1.4. Principio acusatorio.—5.1.5. Presunción de inocencia.—5.1.6. La llamada «doble instancia».—5.1.7. Publicidad, oralidad e inmediación.—5.2. Opciones de política criminal (una selección).—5.3. Premisa aclaratoria: la relación entre el sistema acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad.—5.4. Acusatorio, instrucción y Ministerio Fiscal.—5.5. Fiscal instructor y principio de oportunidad.—5.6. ¿Qué supone el principio de legalidad frente al de oportunidad?—6. EL CONSENSO (UN EJEMPLO CONCLUSIVO).—6.1. El proceso penal, como el proceso civil, sirve al derecho sustantivo correspondiente.—6.2. De la búsqueda de la verdad material a la búsqueda de la verdad consensuada.—6.3. La desigualdad y asimetría de las partes negociadoras.—6.4. La relevancia de los derechos renunciados.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del proceso penal es cuestión tan actual como recurrente. Tanto la acaecida en un número de países representativos de la Europa continental en los últimos treinta años, cuanto la que se ha producido o anuncia para otros de Latinoamérica, es objeto de valoraciones diversas. De ahí que pese a no ser un tema nuevo, resulta justificado acometerlo una vez más, aportando como elementos para la reflexión, no tanto novedades en el sentido estricto del término, cuanto el simple pero importante objetivo de arrojar luz sobre determinados «lugares comunes» de los que se hace uso tan frecuente como interesado.

Toda reflexión parte de los modelos genéricos de los que la regulación procesal de la mayoría de los países resultan fieles epígonos. Me refiero, claro está, a los llamados —con la inexactitud que toda generalización supone— modelo

* Publicado originalmente en *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pp. 27-50.

oficialista (o mixto) y modelo acusatorio o adversativo. A partir de ahí, todos los foros y publicaciones, iniciativas legislativas, congresos, monografías, etcétera, que tratan sobre tema tan amplio, suelen usar categorías jurídicas, instituciones y conceptos que en realidad coinciden poco más que en el título. Pareciera que cada uno usa de los mismos, en la medida y con el sentido que resulta útil para las conclusiones a las que pretende llegar. Una especie de situación parecida a la que magistralmente representaba Lewis Carrol en *Alicia en el país de las maravillas* cuando, en el proceso a Alicia, la reina reclamaba «primero la sentencia... luego el juicio». Mi aportación en este contexto persigue ofrecer un marco uniforme y suficientemente claro de los elementos jurídicos que delimitan dicha discusión.

2. PRINCIPIOS Y PROCESO PENAL: LA HERENCIA CULTURAL Y EL SISTEMA JURÍDICO

Como ya señalara Goldschmidt: «los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución»¹.

Y parafraseando al gran maestro, continúo por mi parte: partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios en mutua lucha o confrontación. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente no es más que el tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro. Cuestión bien distinta es si tal tránsito se valora como un avance o un retroceso. Conviene terminar, en tal sentido, con el uso frecuentemente maniqueísta de expresiones como «derecho de progreso» o «proceso del futuro».

3. ITER HISTÓRICO EN LA APARICIÓN DE LOS GRANDES SISTEMAS DE REFERENCIA

El principio «actorio», transformado luego en acusatorio, es el originario.

Resulta el adecuado a un sistema primitivo en donde no se distingue el Derecho civil y el penal, y por ende el perjudicado es el único sujeto de las consecuencias jurídicas que nacen de la antijuridicidad y los hace valer ante el juez (*nemo iudex sine actore*).

Al ir apareciendo los delitos públicos, el Derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo del poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad. Hace su entrada en la historia la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad.

¹ J. GOLDSCHMIDT, «Los principios del proceso penal», *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1935.

A medida que el Derecho penal va pasando al Estado, se producen dos consecuencias de largo alcance tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de éste con el Derecho, para cuya realización actúa. La última subsiste hoy en la gran mayoría de ordenamientos, y es objeto actual de discusión en torno a su utilidad y conveniencia. Se trata del principio *nulla poena sine iudicio*, la garantía jurisdiccional, en términos de la doctrina penal sobre el principio de legalidad.

En cuanto a la configuración del proceso, la posición jurídica del Estado, en su papel de juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, proviene de un tiempo en el que el juicio tiene como objeto una relación en la que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones ha sido sólo posible a través de una construcción artificial, en virtud de la cual la incorporación al proceso de un órgano como el Ministerio Fiscal permite salvaguardar la imparcialidad judicial a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados. La introducción del fiscal en el proceso penal —que implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio como contienda entre partes con intereses contrapuestos— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución penal, y con ello la realización del Derecho penal. Por otra, garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora.

Resulta irrelevante a estos efectos cuál de las dos posibles formas de atribución de estas funciones se acoja: un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o un ejercicio compartido (sistema continental español).

No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad. El sistema de monopolio se complace en mayor medida con la misma al permitir un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De hecho, los países que han optado por el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, adoptaron tal modalidad en atención tanto a una concepción pública del Derecho penal que obligaba al Estado a procurar su realización, cuanto a la relegación de los órganos jurisdiccionales a su estricta función, y simultáneamente a la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos. A partir de tal monopolio, por otra parte, resulta más sencillo incorporar ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. De hecho, la existencia de otros acusadores junto al Ministerio Público se percibe como un obstáculo, si bien no cabe negar que así se refuerza el ejercicio de la acción y con ellos la «acusatoriedad» del sistema.

Entre finales del siglo XVIII y a través del siglo XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del Derecho penal, y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de BECCARIA, su fundamento en el contrato social, y la codificación como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del Derecho penal, cumplieron una función estabilizadora de las condiciones

de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la ya citada máxima *nullum crimen, nullapoena sine lege*.

A esta legalidad del Derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley; el proceso es una regulación legal. Tras la superación del «Ancien Régime» se consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, sentando junto al mismo el principio previo de necesidad: *nulla poena sine iudicio*. En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso.

4. LA «CRISIS DE LA PERSECUCIÓN PENAL»: MECANISMOS FRENTE A LA MISMA

A partir de la Primera Guerra Mundial, pero especialmente tras la segunda conflagración mundial, se sitúa el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a una creciente incriminación abocó a un incremento y ocasional colapso de la administración de justicia, que redundó inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la prevención general. El proceso penal, la justicia penal, se empezó a sostener; no funciona, resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la progresiva incriminación justificaron una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado. A su vez, el carácter altamente formal del proceso provocaba una duración de los procesos evaluada como excesiva.

Las reacciones fueron diversas. Desde la huida del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarcan: la despenalización de las conductas; la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil); o el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole, como el arbitraje, la mediación o la reparación.

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente, se adoptan medidas como: 1) reducir al mínimo la fase instructora —o incluso eliminarla— ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a cuatro eventuales circunstancias: *a)* haberse reconocido los hechos; *b)* la flagrancia de estos últimos; *c)* la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta, o *d)* resultar de la denuncia, querrela o cualquier actuación procesal la imputación de un delito, confirmada su verosimilitud; 2) diluir la aplicación del principio de legalidad, lo que equivale a un incremento de los casos de aplicación del principio de oportunidad.

Toda esta dinámica, que se enmarca en tendencias comunes de las últimas reformas de ordenamientos procesales como el portugués, el italiano o el español, implica, no obstante, una reducción de garantías que debe ponderarse en relación, precisamente, con las citadas finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del Derecho penal (de lo

punitivo), y del Derecho procesal de las garantías. La meta, el objetivo común, consiste en procurar reducir la tensión existente en ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de Derecho en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de los derechos de los ciudadanos consagrado en Constituciones y declaraciones internacionales: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, textos constitucionales, etcétera.

Frente a las mismas, parece elemental someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada en los dos últimos siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la necesidad de un proceso garantista como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de este trabajo, singularmente a partir del siglo XIX, o la desaparición de una concepción privada del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a los otros elementos de signo más utilitarista. Máxime cuando, a la postre, la mayoría de soluciones alternativas terminan buscando su legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del Derecho procesal. Éste es el núcleo de la reflexión que propongo.

5. PLANTEAMIENTO DE UNA REFORMA CON ARREGLO A PRINCIPIOS IRRENUNCIABLES Y OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Hasta aquí la perspectiva y las enseñanzas que nos ofrece la historia y que contemplan en términos necesariamente amplios y generales los sistemas jurídico-procesales existentes y la situación actual. Frente al reto de configurar un nuevo proceso penal, corresponde ahora formular las siguientes cuestiones: ¿existen líneas maestras para la configuración del proceso penal conforme a las exigencias propias de un Estado de Derecho?, ¿son exigibles por igual a tales efectos los principios procesales que informan los procedimientos penales actuales?, ¿cuál o cuáles son los ámbitos que, lejos de tal presupuesto, pertenecen al marco de la mera opción de política criminal?

De la respuesta a este examen debería surgir un elenco de principios, por así decirlo, «no negociables», y otros que a partir de los condicionantes históricos, culturales, sociales y económicos propios de cada país pueden ser objeto de diferentes opciones político-criminales, y aun a partir de ahí (siempre y cuando salvaguarden las garantías irrenunciables que después señalaremos, y en caso de ineludible atemperación de alguna) articulen los necesarios mecanismos jurídicos compensatorios. Nada más y nada menos. En todo caso, existirán con carácter previo dos condicionantes: la naturaleza del derecho sustantivo, a cuya realización sirve, y las normas internacionales y constitucionales que constituyen el marco normativo básico (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; Pacto Internacional de Derechos Civiles, convenciones, Constitución de cada país, etcétera). Ello sin perjuicio, claro está, del ya citado sello y el peso trascendental que la historia y la tradición cultural y jurídica dejan en cada país, y otras circunstancias tan determinantes como

los diversos sistemas de acceso a su función de quienes protagonizan la administración de justicia, singularmente los jueces o los fiscales.

5.1. Principios y derechos irrenunciables

Actualmente no se cuestiona la adopción de un sistema comúnmente calificado como acusatorio. Ocurre, sin embargo, que el significado que se da a esta denominación no es siempre equiparable entre los países de tradición «Continental» y aquellos otros del *Common Law*. Sin perjuicio de lo que se señale en el siguiente epígrafe respecto al significado y sobre todo a la finalidad última con que se usa la necesidad de implementación de este sistema, el significado del que partiré es aquel que supone su contraste con un sistema inquisitivo, entendiéndolo por este último un proceso en el que la investigación, la acusación y el enjuiciamiento resultan atribuidos a un único sujeto.

A partir de dicha exigencia, el sistema acusatorio supone salvaguardar: el principio de igualdad; el principio de audiencia y contradicción; el derecho de defensa y sus garantías (a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada o a la autodefensa); el principio acusatorio y sus epígonos (necesidad de existencia de una acción, exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y prohibición de *reformatio in peius*); la presunción de inocencia; la doble instancia penal; la oralidad; inmediación y publicidad.

En el terreno de las opciones y de los necesarios equilibrios que deben articularse, voy a centrar mi atención en los siguientes: el grado de acogimiento de los principios de legalidad y oportunidad; la atribución de las funciones instructoras o investigadoras (Ministerio Fiscal, policía, imparcialidad, etcétera); y la búsqueda de la verdad material o la consensuada en relación con la consecución de la justicia.

Pero empecemos por un breve examen del significado de cada uno de los principios y las opciones a las que se ha hecho referencia.

5.1.1. Principio de igualdad

Como situación tendencial, alcanzada en la fase de enjuiciamiento, ofrece diferentes grados en la fase investigadora y en el juicio oral. Por otra parte, y en la medida en que se contemplan, como en España, diferentes sujetos entre las partes acusadoras, ofrece una configuración más adecuada a la formulación de «tratar desigualmente a los desiguales» que «igual a todas las partes que intervienen en el proceso». Desde la perspectiva del acusador y defensor debe informar la oportunidad de las actuaciones en las diferentes fases procesales. Circunstancia que ocurre en la citada de enjuiciamiento, pero que cede en ocasiones en la de investigación y de acusación, en razón de la oficialidad. La igualdad no admite limitaciones en la fase de juicio oral.

En la concepción del proceso adversativo, a pesar de ofrecer una aplicación aparentemente más indiscutible, conviene tener presente que en los países donde éste impera, el mayor número de conflictos de origen criminal se re-

suelve a través de mecanismos que aplican el principio del consenso. Y en este punto la vigencia del principio de igualdad resulta, cuando menos, dudosa.

5.1.2. Principio de audiencia o contradicción

Este principio, resumido en la frase «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio», constituye uno de los grandes avances en la erradicación de una justicia primaria o inquisitorial. A medida que las garantías del juicio, singularmente el derecho de defensa y más específicamente la más pronta «imputación», se han ido incorporando al periodo de instrucción; la audiencia o contradicción informa en gran medida este periodo. En todo caso, el principio de audiencia rige en toda su plenitud en la fase de enjuiciamiento o de juicio oral. Ésta no podrá iniciarse sin la existencia de un acusado, que además esté a disposición del órgano enjuiciador. En caso de declaración de rebeldía, el juicio debe suspenderse; al igual que la enfermedad del imputado es causa de suspensión e incluso de interrupción del juicio.

La exigencia de contradicción tiene otra manifestación importante en relación con las posibles modificaciones del debate en la fase de juicio oral. La congruencia y el principio acusatorio en el proceso penal limitan, de una parte, la resolución judicial al marco de la acción penal (el sujeto y los hechos que fueron objeto de acusación) y, de otra, impiden que el juez se exceda en su juicio más allá de lo que fue objeto de acusación (una de las facetas de la incongruencia) so pena de convertirse así en acusador. El principio de audiencia, a su vez, cubre el importante campo de aquellas cuestiones que, sin afectar el objeto del proceso, para poder ser modificadas exigen del juez que sean sometidas al conocimiento de la otra parte para su contradicción.

5.1.3. El derecho de defensa y sus garantías

El principio de audiencia guarda una estrecha relación tanto con el derecho de defensa (faceta positiva) como con la prohibición de indefensión (faceta negativa). El derecho de defensa se pertrecha de una serie de garantías, corolario ineludible de su propia salvaguardia. Dichas garantías son las siguientes:

1) El *derecho a ser informado de la acusación formulada*, cuyo contenido es diverso en la fase instructora, en la detención o en aquel otro momento en que se debe dar traslado y conocimiento al titular del hecho punible del que se le considera autor, con todas sus circunstancias y los derechos que le asisten (arts. 2, 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante LECrim—); y en la de juicio, donde se formula la acusación formal (arts. 652 y 791.1, LECrim). Naturalmente, tanto en uno como en otro supuesto, se integra en esta garantía la asistencia de un intérprete, generalmente por ser extranjero (art. 6, CEDH; 14, CDCP, y 24, Constitución Española —en adelante CE—).

2) El *derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable*, en atención al cual los órganos judiciales deben ilustrar, desde el primer acto procesal que se dirija contra una persona concreta, de su derecho a no prestar declaración en contra suyo y de no declararse culpable; si es posible, antes de la toma de declaración.

3) *Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado*. Como parte del derecho de defensa, constituye un derecho de doble proyección que garantiza: *a)* la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 CE), y *b)* la asistencia letrada al imputado o acusado (art. 24.2 CE), y cuyo contenido, a veces solapado (cuando el detenido adquiere la condición de imputado) no es idéntico sino mucho más amplio en el segundo de los casos (STC 196/1987)².

4) *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».

5.1.4. Principio acusatorio

Se resume en una idea importante pero bien simple: «no hay proceso sin acusación», lo que si bien se piensa comprende que «quien acusa no puede juzgar» («*Wo kein Kläger, da kein Richter*»). El principio acusatorio, como tal, comprende:

a) La necesidad de la existencia de una acción como presupuesto del juicio y de la condena.

b) La correlación entre acusación y sentencia, en cuanto esta última no puede condenar por hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó—según la delimitación formal— en los escritos de calificación o acusación, a tenor de lo señalado líneas más arriba. No en el erróneo sentido de vincular hasta en la petición de pena formulada por la acusación.

c) La prohibición de *reformatio in peius*, en cuya virtud, la exigencia de acusación se extiende a las diferentes instancias, sin que la existente en la primera sirva a tales efectos, y exigiéndose así la formulación en la segunda instancia a través de apelación principal o de adhesión a la misma.

5.1.5. Presunción de inocencia

El concepto de «presunción de inocencia» es polisémico. Como «regla de tratamiento» es un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual ha de partirse de la idea de que el inculcado es inocente y, por ende, reducir al mínimo las medidas restrictivas. Como «regla de juicio» (referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el juicio probatorio) exige que la prueba completa de culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución si la culpabilidad no queda totalmente demostrada. Finalmente, como «regla del juicio fáctico» se establece una serie de requisitos que deberán cumplirse para

² Forma parte del contenido de este derecho el de poder designar libremente a un abogado, desechando la posibilidad de que se le imponga uno de oficio [art. 14.3, inciso *d*), PIDCP y 6.3, inciso *c*), CEDH y STC 196/1987]. Esta nota es aplicable a la asistencia letrada del art. 24.2 CE (defensa del imputado), pero no a la del art. 17.3 CE (asistencia al detenido) (STC 196/1987).

alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal:

a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad. Si no se produce tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia.

b) Dicha «mínima actividad probatoria de cargo» significa la existencia de una actuación probatoria, objetivamente incriminatoria, que sometida posteriormente a valoración judicial consigue la íntima convicción de la culpabilidad.

c) La prueba con las características reseñadas debe haber cumplido todas las garantías, es decir haberse practicado en el seno del juicio oral, con inmediación, oralidad, concentración y publicidad, sometiéndola a contradicción, y habiéndose obtenido sin vulneración de derechos fundamentales.

5.1.6. La llamada «doble instancia»

En virtud de diversos convenios internacionales, toda resolución condenatoria debe ser objeto de revisión por un tribunal superior. Sin que resulte el lugar adecuado para una mayor profundización del tema, sí conviene dejar constancia de las dificultades que tal mandato ha originado en la configuración del proceso oral a efectos de prueba en la segunda instancia, y en la concepción mayoritaria del recurso de apelación como revisión circunscrita tan solo a determinadas cuestiones.

5.1.7. Publicidad, oralidad e inmediación

La publicidad externa y la interna, la que afecta a las partes procesales, es uno de los requisitos propios de un proceso garantista. Su vigencia sólo puede justificarse en atención a circunstancias muy concretas, como son aquellas que fundan el secreto del sumario, y siempre con carácter temporal; o las que permiten, en atención a los intereses de las víctimas, la celebración del juicio «a puerta cerrada».

Con diferente gradación, la oralidad debe informar las actuaciones, especialmente las del juicio oral y aquellas que por esencia se realizan en presencia del juez. De su aplicación surge la inmediación, como característica formal del repetido proceso.

5.2. Opciones de política criminal (una selección)

Hasta aquí los principios que deben informar un proceso adecuado a los postulados de un Estado de Derecho y requerido por los artículos correspondientes de los convenios internacionales. Restan, sin embargo, cuestiones ciertamente importantes que permitirían teóricamente adoptar sistemas procesales diferentes. De un elenco imposible de tratar aquí y ahora, he elegido dos cuestiones conexas entre sí que no han dejado de ser objeto específico y constante de discusión en muchos países, desde luego en España y también

Iberoamérica, y que creo resultan perfectos ejemplos de aquellas cuestiones entre las que, primero, cabe optar, y en segundo lugar, en caso de tal cambio, deben ir acompañadas de los consiguientes mecanismos compensatorios. Se trata de la atribución de la dirección de la fase investigadora del proceso penal y el «juego» y aplicación de los principios de legalidad y oportunidad.

Sistema acusatorio. Verdades y falacias en torno al mismo: el principio de oportunidad como horizonte.

Parece existir acuerdo en configurar el proceso penal conforme a las líneas correspondientes a un sistema denominado «acusatorio», así se defiende por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la totalidad de la doctrina. A partir del hecho incontestable de su desaparición en el modo en que fue configurado originariamente, su implementación en muchos ordenamientos, y desde luego la apelación al mismo en aquellos objeto actual o futuro de reforma, tiene lugar en muy diversas variantes que giran alrededor de los dos extremos que se acaban de señalar como objeto de diversas opciones de políticas criminales, y cuya finalidad, no siempre confesada, es la ampliación de ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

5.3. Premisa aclaratoria: la relación entre el sistema acusatorio y los principios de legalidad y oportunidad

Vaya por delante la afirmación, frecuentemente olvidada o tácitamente negada, de que la decisión entre la configuración acusatoria o inquisitoria del proceso no lleva consigo una decisión de la cuestión si, en todos los casos en que hay hecho punible, la persecución ha de resultar obligatoria (principio de legalidad) o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad.

En tanto la retribución de la antijuridicidad no incumbe al Estado, sino exclusivamente a la persona ofendida, no hay base para el contraste del principio de legalidad y oportunidad. Pero desde que el poder de penar correspondió al Estado, se planteó si todos los hechos punibles debían perseguirse o si la persecución había de hacerse depender de diversos factores (discrecionalidad del acusador, del juez o acuerdo entre las partes).

La experiencia histórica permite observar que el principio de la legalidad continúa siendo el que garantiza la legalidad estricta de la justicia punitiva. De ahí que generalmente haya ido unido a épocas donde prime la Constitución del Estado de derecho y las garantías del mismo. Frente a ello, el principio de oportunidad puede justificarse de dos modos: por un lado, partiendo de un enfoque que favorece un influjo político del gobierno sobre la justicia penal; por otro, en el interés de la verificación de la justicia material, en contraste con otros formalismos (GOLDSCHMIDT).

5.4. Acusatorio, instrucción y Ministerio Fiscal

El repetido sistema acusatorio se estructura de manera bien diferente en los diversos países de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América. En este último país, como en Inglaterra, las diferencias son tan sustanciales

que el modelo es difícilmente trasladable sin mayores análisis y reformas orgánicas de mucha mayor amplitud (entre ellas, por ejemplo, el acceso a la función judicial o a la del órgano oficial de la persecución penal).

En cuanto a la llamada Europa continental, pese a que sucesivas reformas han encomendado la instrucción formalmente al fiscal, y no sin recurrir en ocasiones a verdaderas «ficciones jurídicas» como en el Código de Procedimientos Penales de Portugal, tal opción debe examinarse en el conjunto del sistema en que se integra, con los contrapesos adoptados para equilibrar el sistema y sin olvidar que, como el Código de Procedimientos Penales francés y la propia LECrim ponen en evidencia, no es la única opción posible³.

Puede afirmarse que hoy en día se atisba que el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio a lograr entre la instrucción y la acusación, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad y se ponga de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. De no atemperarse dichos riesgos de parcialidad, los rasgos inquisitorios se trasladarían al juicio de acusación, acarreando el riesgo de arbitrariedades en la investigación y peligro de invasión indebida de la vida privada.

Unido a todo ello y para concluir, el fiscal investigador tampoco supone, en puridad, llevar el principio acusatorio a la introducción. En primer término, porque dicha fase se encamina a investigar, preparar el juicio y hacer constar la perpetración de los delitos y las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad (art. 299, LECrim). Y de ahí, en segundo término, porque en dicha fase no se ejercita acción penal alguna. Cuestión diferente sería reclamar la instauración de un sistema acusatorio tripartito (acusador-acusado-órgano imparcial) también en este período procesal —que es al que parecen referirse en realidad algunos autores—, pero en tal hipótesis, el análisis debe centrarse en la imparcialidad, que respecto del fiscal y el enjuiciamiento quedan aparentemente garantizados, pero pueden ponerse fácilmente en entredicho si se refieren a lo que constituye la esencia y finalidad de la instrucción: el juicio sobre la acusación. Y todo volviendo a recalcar que la

³ Francia, que respeta la esencia del sistema acusatorio (quien acusa no juzga) incorpora la figura del Ministerio Fiscal, pero encomienda la instrucción a un juez (art. 81, Código de Procedimientos Penales), no sólo por motivos tradicionales, sino también por las concretas experiencias históricas relacionadas con la falta de independencia del fiscal frente al ejecutivo y sus competencias respecto a la llamada «*opportunité des poursuites*» (ex art. 40). La reforma procesal de enero de 1993, inspirada en el «informe Delmas Marty» que postulaba encomendar a la Fiscalía las funciones de investigación y a otro juez las decisiones sobre derechos fundamentales, fue modificada por otra de 24 de agosto de 1993, devolviendo al juez de instrucción las facultades para decidir sobre la prisión preventiva. La sospecha de prejuicios recaída en el juez por ser quien investiga y debe decidir sobre la existencia de la acción penal (hechos presuntamente delictivos e imputado) se traslada al fiscal, quien concentraría en su persona la investigación sobre la concurrencia de tales hechos y sujetos y la decisión sobre el ejercicio de la acción. Esta es una de las principales conclusiones de la llamada «Comisión Truché». En España, donde se ha discutido en los últimos años al respecto, la última reforma del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal aparca la cuestión, al entender que el fiscal carece de la independencia necesaria para garantizar el necesario equilibrio entre las facultades investigadoras y el ejercicio de la acción.

garantía del acusatorio se cumplimenta también siempre que el juez que instruye no juzgue.

Finalmente, respecto a la figura del juez de garantías, si bien resulta incuestionable que contribuiría a dar una imagen más neutral a la hora de adoptar medidas, especialmente aquellas que inciden en bienes jurídicos sobre los que existe una sensibilidad más alta y salvaría la necesaria «jurisdiccionalidad» de actuaciones como la recepción y dirección de la prueba anticipada; debe analizarse tomando en consideración, al menos, dos cuestiones. Por una parte, la necesidad de que dicho órgano actúe paralelamente aunque sin inmiscuirse en la instrucción, ya que de otra manera difícilmente podrá adoptar las resoluciones que se le encomiendan con el necesario conocimiento de causa. Por otro, implica un notable incremento de una planta judicial, que siempre se afirma resulta insuficiente.

5.5. Fiscal instructor y principio de oportunidad

El sistema acusatorio y el principio de oportunidad no son, como se ha repetido, en absoluto inescindibles. Ambos operan en planos diferentes. El primero implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad. El segundo se sintetiza en el ejercicio por sujetos diferentes de las funciones investigadora y juzgadora (y, en su caso, acusadora).

Que quede garantizada la atribución a órganos diferentes de la instrucción y el enjuiciamiento, o a la investigación y la acusación, no beneficia ni perjudica la concesión de ámbitos más o menos amplios de discrecionalidad. Otra cosa es la configuración en régimen de exclusiva del ejercicio de la acción, máxime si éste se atribuye al órgano oficial. En este caso, es obvio que presenta menos obstáculos instaurar o ampliar la aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el Ministerio Fiscal, pero sólo si, además, es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal. De no ser así, el ejercicio de la discrecionalidad resulta indudablemente mediatizado por el ejercicio de las facultades y derechos de las restantes partes acusadoras. Más no es esa ahora la cuestión.

5.6. ¿Qué supone el principio de legalidad frente al de oportunidad?

Conforme a un concepto amplio de principio de oportunidad, se entiende todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, esto es, tanto las técnicas despenalizadoras cuanto las específicamente procesales. Con arreglo a un sentido más estricto, el principio de oportunidad se limita en el aspecto subjetivo a los sujetos públicos, y desde el objetivo al marco del proceso, abarcando, o bien la obligación de incoación ante todo conocimiento de una *notitia criminis*, que se enerva; o bien el desarrollo del proceso, que puede verse interceptado por acuerdo de acusador y acusado u otro mecanismo distinto a la resolución judicial al final del mismo.

Tampoco es oportuno ahora detenerse en un análisis a fondo de temas de tan hondo calado. Sirva una brevísima relación de las razones en favor y en contra de ambos principios como parámetro comparativo.

Los partidarios de incorporar el principio de oportunidad alegan, básicamente: 1) razones de interés social o utilidad pública en una triple vertiente: a) falta de interés público en la persecución del delito por su escasa lesión social; b) estimular la pronta reparación de la víctima, y c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; 2) contribuir decisivamente a la consecución de la justicia material por encima de la formal; 3) favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y 4) constituir el único instrumento —desde una perspectiva eminentemente práctica— que permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, y aquellos otros en que se considera que la mínima lesión social debe conducir a su no persecución.

En contra se utiliza un doble tipo de motivos. De una parte, aquellos que atienden al punto de vista constitucional y que se centran en la lesión del principio de igualdad y de la administración de justicia como función encomendada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. De otra, los que rechazan el principio de oportunidad bajo la acusación de poner en peligro los logros que conlleva la estricta sujeción al principio de legalidad; especialmente, el efecto conminatorio de la sanción penal o la seguridad jurídica implícita en la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad.

6. EL CONSENSO (UN EJEMPLO CONCLUSIVO)

No podemos en modo alguno detenernos en las muy diversas manifestaciones que comprende la aplicación del principio de oportunidad.

Puestos a elegir, y por tratarse de la más utilizada, incluso en países de larga tradición en la aplicación del principio de legalidad (España, Portugal e Italia) u otros como Estados Unidos, en donde, si bien sólo a partir del siglo XIX, ocupa un lugar que, junto a las restantes manifestaciones de *pleas* (*guilty pleas*, etcétera), constituyen hasta el 92 por 100 de la persecución de *felonys* (delitos), el consenso parece una opción idónea. Adviértase de antemano que las líneas que siguen no pueden ni quieren ser una valoración con vocación de conclusión general e indiscutible. Pretenden poner de relieve un elenco de consideraciones críticas sobre el consenso, utilizando éste como ejemplo de las disfunciones generalmente anudadas al principio de oportunidad, que por otro lado constituye un elevado número de supuestos de resolución procesal del conflicto originado por la comisión de un ilícito penal. Su valor se contrae, pues, a reunir en unas líneas un conjunto sistematizado de las cuestiones que deberían tomarse en cuenta a la hora de incorporarlo al ordenamiento procesal. Más allá, dicha implementación es, a la postre, una de las opciones de política criminal tan posibles como necesitadas de contrapesos que atemperen las disfunciones que seguidamente se señalan.

El tránsito de un sistema mixto a uno adversativo se ha convertido en un lugar común a la hora de plantear la reforma del proceso penal. El modelo angloamericano aparece así como guía que orienta tales movimientos de reforma, como manifestación de una innegable influencia cultural y jurídica. Tal orientación se asume en ocasiones acríticamente, en tanto otras veces sin

contemplar el conjunto del sistema en donde deberían acomodarse, olvidando la necesidad de otras reformas orgánicas o incluso constitucionales, y en todo caso sin articular el preciso sistema compensatorio de pesos y contrapesos. Las líneas que siguen, para concluir, persiguen ofrecer un corolario de elementos para la reflexión, fruto de otros análisis más pormenorizados⁴.

Todo cambio se orienta hacia un modelo que se valora como mejor; para lo que se exige, en primer lugar, un análisis suficientemente profundo y contrastado, tras el cual la ponderación de ventajas e inconvenientes arroje un resultado favorable al citado principio. Pues bien, el análisis de los modelos angloamericanos no se ha hecho con la suficiente profundidad, al menos en España y otros países europeos. Pero si así hubiera sido, el resultado de una primera aproximación a los autores angloamericanos que analizan las diversas variantes de *guilty pleas* y *plea bargaining*, no hubiera conducido precisamente a percibir un entusiasmo ante el mismo. Casi al contrario. La valoración equivaldría, en palabras llanas, a constituir «el mejor de los malos remedios»⁵.

Por otra parte, y dejando de lado, pese a su trascendencia, que todo sistema, como hemos visto, procede de un largo proceso de decantación de la tradición histórica, cultural y jurídica, la modificación no coincide únicamente en el proceso, como tramitación procedimental, sino en toda una serie de circunstancias orgánicas, constitucionales y políticas. Sirva como ejemplo la diversa configuración constitucional del *public prosecutor* en los Estados Unidos de América o en los países europeos. Y no cabe negar que cuando se promueve el cambio procesal ni se menciona el orgánico ni de fiscales ni de jueces ni del sistema persecutorio en general.

Concretamos seguidamente algunos aspectos cruciales.

6.1. El proceso penal, como el proceso civil, sirve al derecho sustantivo correspondiente

En la mitad en que la configuración del Derecho civil y penal es diversa, parece justificado preservar la diferencia entre la estructura y más aún los principios inspiradores, y la situación de sus sujetos. Parece que incorporar el principio del consenso parte de la hipótesis contraria. Esta circunstancia es la primera que surge al tratar de la disponibilidad del *ius puniendi* respecto del acusador oficial y la naturaleza pública de los derechos en juego.

⁴ T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991; *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995; «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Estudios sobre Derecho procesal*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 4609-4647; «Pena y proceso: fines generales y fines específicos», *Política criminal y nuevo derecho penal. Estudios en homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997; «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no es)», *Revista de Derecho Procesal*, 1996; «El fiscal instructor ¿es necesario?», número monográfico dedicado al Ministerio Público, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, Madrid, 2003.

⁵ Entre la abundante bibliografía, como libro de texto, ALLEN *et al.*, *Comprehensive Criminal Procedure*, Gaithersburg-New York, Aspen Law & Business, 2001. Con carácter monográfico, en torno a su admisión por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, CRAIG M. BRADLEY, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press, 1993, y GRANO, *Confessions, Truth and the Law*, University of Michigan Press, 1993.

6.2. De la búsqueda de la verdad material a la búsqueda de la verdad consensuada

Este tránsito conlleva un vuelco total en las funciones jurisdiccionales y del órgano oficial de la acusación, así como en el entendimiento de una gran parte de los principios que hemos analizado (de oficialidad, de instancia de parte, especialmente en lo referido a la incorporación al proceso del material probatorio...). No es posible ahora elevar el tono de la discusión hasta los fundamentos filosóficos de la decisión judicial y con ello dilucidar «qué se entiende como una solución correcta» a modo de antecedente necesario para determinar el tipo de proceso adecuado. Tanto se entienda «como correspondencia con una verdad puramente objetiva», o como «teoría consensual de la verdad».

Por otra parte, renunciar a la búsqueda de la verdad material, como finalidad del proceso, debería ir al menos precedido de una reflexión seria sobre la consiguiente eliminación de aquellos peligros que el legislador pretendió conjurar al convertirla en una de las claves diferenciadoras entre el proceso penal y el civil. Concretando. Si como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la sujeción a dicha finalidad en la fase investigadora procuraba un doble objetivo: en primer lugar, que los esfuerzos del instructor no se centraran exclusivamente en la confesión del imputado, desatendiendo otras diligencias o futuros medios de prueba o simplemente comprobar la veracidad de la misma; y en segundo lugar, impedir un uso indebido de dicha admisión por el acusado, que propiciara el uso de mecanismos tendentes a su consecución, desde las presiones leves hasta otras más graves o incluso la tortura; dichos riesgos volverían a quedar nuevamente sin cobertura.

6.3. La desigualdad y asimetría de las partes negociadoras

La desigualdad inherente a toda manifestación del principio de oportunidad se quiebra al aplicar el principio del consenso en un doble plano. General, desde el momento en que el ejercicio discrecional de la acción penal impide prever circunstancias semejantes a igual comisión delictiva. Pero también en el seno del propio proceso. Las negociaciones para alcanzar una decisión consensuada parten y consagran la total asimetría de las partes. Por decirlo en palabras llanas: en tanto el fiscal se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad (Taruffo).

De forma paralela, la existencia de un acusador particular o, bien, de un responsable civil (directo o subsidiario) interesado en una pretensión resarcitoria de contenido económico puede alterar sustancialmente el planteamiento adoptando un comportamiento estratégico de dureza o de flexibilidad a la transacción directamente proporcional a la satisfacción de sus intereses (Pastor, 1989).

6.4. La relevancia de los derechos renunciados

La opción por el consenso supone, ineludiblemente, la renuncia de toda una serie de «garantías procesales» no precisamente baladíes: el derecho de defensa; el derecho a recurrir y corregir eventuales errores; el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; o a la publicidad, en la medida en que las negociaciones se hacen en sesión cerrada, incluso sin presencia judicial, aunque después corresponda a éste revisar el resultado.

Y para terminar este breve examen crítico, necesariamente parcial y resumido, la negociación adolece cuando menos de estos dos defectos: exagera los aspectos utilitarios, y en términos de análisis económico del derecho «los gastos de precaución», «los costes de transacción» y «el grado de optimismo», que se distribuyen desigualmente entre las partes. Con razón se ha hecho notar que si la justicia pactada es de naturaleza contractual, responderá al modelo de contrato de adhesión.

Solo se atisba la igualdad cuando el Ministerio Fiscal, por lo controvertido del caso, o por una deficiente preparación de su presentación en juicio, se arriesga, caso de seguir adelante, a un predecible fallo absolutorio. En los demás, el *aleas* se distribuye muy desigualmente. Más aún, se duplica la discriminación, porque en la práctica, los acusados que, de un modo u otro, tienen alguna cuota de poder social o económico o han emprendido una especialidad delictiva especialmente compleja, y por lo mismo, de prueba difícil, se hallarán en mejores condiciones de negociación (Fernández Entralgo).

La propia dinámica de la negociación desplaza el rigor en la determinación de la pena. Dicho de otra manera: se acusa por lo alto. Uno puede ser condenado «por lo bajo» pero no «al alza», porque nadie cree que la salida real del juicio dependa de una precisa valoración de la prueba. Además, cuanto más alta sea la acusación, mayor sensación de arreglo tiene el acusado y mayor éxito puede ofrecer su abogado (Schünemann).

Con todo, no cabe ignorar ni negar el atractivo que ofrece esta forma de resolver el proceso penal. Para la administración de justicia, al procurar un inmediato decrecimiento del abultado número de «casos pendientes»; para jueces y fiscales, quienes ven facilitado su trabajo, disminuyendo las exigencias técnicas y las suspensiones de los procesos e incrementando paralelamente los resultados exitosos; para los abogados, quienes siempre ofrecerán a su cliente un acuerdo tanto más favorable cuanto más posibilidades de condena existan o la pena resulte mayor; y, cómo no, para el acusado, quien salvo resultar inocente, ve reducida su condena. Tales circunstancias explican, sin duda, el incremento de su utilización en los países a cuyo ordenamiento procesal se ha incorporado.

Para concluir, lo expuesto sólo pretende servir de catalizador de una discusión siempre abierta y necesaria, bien para reformas parciales, bien totales. Se trate de una u otra, en ella debe prevalecer el respeto a los derechos y libertades garantizados por las declaraciones de derechos humanos y las respectivas Constituciones. Sin olvidar naturalmente la peculiar idiosincrasia del país o

territorio afectado y su herencia histórica, cultural y jurídica. Cambiemos, sí, cuando así lo requieran las circunstancias, sólo si realmente es así; y siempre que dicho cambio comporte una mejora. A partir de ahí, cuando menos, sopesese muy bien la necesidad de pesos y contrapesos entre derechos, garantías y sus limitaciones, y procedase simultáneamente a su articulación. Lo contrario dejará invertebrado el sistema y mermadas las garantías.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, R. J., *et al.*, *Comprehensive Criminal Procedure*, Gaithersburg-New York, Aspen Law & Business, 2001.
- AGUILERA MORALES, M., *El principio del consenso*, Barcelona, 1995.
- ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- «El fiscal instructor ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, Madrid, 2003.
- «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Estudios sobre derecho procesal*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- «Pena y proceso: fines generales y fines específicos», *Política criminal y nuevo derecho penal. Estudios en homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- «Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no es)», *Revista de Derecho Procesal*, 1996.
- «Principio acusatorio y derecho penal», Barcelona, Bosch, 1995.
- BELING, E., *El Derecho procesal penal*, trad. de M. Fenech, Madrid, Labor, 1943.
- BRADLEY, C. M., *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press, 1993.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «Psico(pato)logía y proceso penal. Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, 1994.
- GRANO, J., *Confessions, Truth and the Law*, University of Michigan Press, 1993.
- KAUSCH, E., *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter*, 1980.
- PALLIERO, *Minima non cura praetor*, 1985.
- SCHÜNEMANN, B., «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?», *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. 8, 1991.
- TARUFFO, M., *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Cedam, 1979.
- WARE, S. J., *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 2001.

X

LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRUEBA ILÍCITA*

SUMARIO: 1. UNA REFLEXIÓN DE PARTIDA.—2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PODER DE INTERVENCIÓN ESTATAL A TRAVÉS DEL PROCESO PENAL E ILICITUD PROBATORIA.—3. RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: PRESUPUESTOS Y LÍMITES.—4. CONFLICTO DE INTERESES Y *BALANCING TEST*.—5. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PRUEBA ILÍCITA: EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL COMO EJEMPLO SIGNIFICATIVO.—6. INEFICACIA INDIRECTA Y DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.—6.1. Nulidad, ineficacia y doctrinas atemperadoras.—6.2. Efectos reflejos y doctrina de los frutos del árbol envenenado: la teoría de la conexión de antijuridicidad.—6.3. Aplicación mayoritaria de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. Críticas, nuevo rumbo jurisprudencial y matizaciones.—7. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.—7.1. La sentencia *Hudson v. Michigan*.—7.2. Posiciones frente a la sentencia *Hudson v. Michigan*.—7.3. Una nueva vuelta de tuerca: *Herring v. United States* y nuevas restricciones en la aplicación de la *Good Faith Exception*.—7.4. Lecciones posibles.—REFLEXIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

1. UNA REFLEXIÓN DE PARTIDA

La protección de los derechos fundamentales puede ser analizada desde diferentes perspectivas. Una de ellas es la obligación que en tal sentido se impone al Estado, desde el momento en que se reconoce a las personas unos derechos inherentes a su dignidad de personas y, por tanto, de valor universal, cuya realización y preservación es el único fundamento posible de la legitimación del poder y de la validez del derecho que crea (Rubio Llorente).

Las Constituciones nacionales han de garantizar los derechos de los individuos, especialmente frente a la acción de los poderes constituidos. Ahora bien, aunque el Estado no surge para proteger los derechos humanos frente a él, sino frente a los demás, una vez creado no tiene ya sólo esta obligación positiva de hacerlos valer en la sociedad, sino también la obligación negativa de respetarlos, ajustando el ejercicio de su propio poder a límites y formas específicas. Desde esta última perspectiva, el Estado no sólo tiene el deber de

* Este trabajo ha sido objeto de diversas redacciones y publicaciones. Entre ellas en el libro recopilatorio del XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, septiembre de 2011, y en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 25, 2013.

respetarlos por constituir una limitación a su poder sino que debe además definirlos y garantizarlos (Rubio Llorente).

Cuando los derechos se incorporan a la Constitución o textos internacionales, el fundamento de su validez se asienta en el propio Derecho positivo y dejan de calificarse simplemente como humanos, pasando a llamarse garantías constitucionales o derechos fundamentales, circunstancia que lejos de ampliar su eficacia más bien la ha limitado al constituir un círculo de protección más reducido.

La concepción de los derechos fundamentales, como límites del poder, se encuentra sometida actualmente a la interpretación de dos tesis opuestas. Una primera, en virtud de la cual se somete al control judicial el respeto del legislador a los derechos (constitucionalismo europeo y norteamericano). Y una segunda que va más allá obligando al Estado a prestaciones normativas protectoras de esos derechos (o los bienes y libertades que son su objeto), es decir, que concibe los derechos no sólo como límites del poder sino también como finalidades necesarias de su acción.

No es el momento para mediar o manifestarse al respecto, pero parece claro, que la mejor, y sobre todo, la más pronta regulación de los presupuestos que deben fundamentar las limitaciones de los derechos fundamentales encuentran mejor acomodo en la segunda.

2. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PODER DE INTERVENCIÓN ESTATAL A TRAVÉS DEL PROCESO PENAL E ILICITUD PROBATORIA

Es cierto que la averiguación de los hechos delictivos constituye una actividad que encierra un interés público digno de protección en el Estado de Derecho, por ser un elemento esencial para el castigo de los delitos y la realización del Derecho penal.

Pero resulta igualmente inapelable que dicha finalidad no puede conseguirse a toda costa, y que el Estado no puede hacer dejación de su también función de garante de los derechos, y singularmente, de aquellos elevados a la categoría de derechos fundamentales.

En el desarrollo del proceso penal, especialmente en la fase de investigación, cabe imaginar un cúmulo de actuaciones que pueden afectar diferentes derechos fundamentales, mayoritariamente sustantivos aunque no falten algunos procesales, como el derecho a guardar silencio, a no confesarse culpable, a la defensa letrada o a no declarar contra uno mismo.

Por una parte, la fuente de prueba que se obtenga debe incorporarse al proceso y sólo servirá para enervar la presunción de inocencia si se integra entre los medios lícitos y se practica con todas las garantías.

Es decir, deben incluirse aquí todas las prohibiciones probatorias: *métodos prohibidos, medios de prueba rechazados (testimonio familiar) objeto de investigación prohibidos (secretos oficiales)*, y por supuesto, desde esta perspectiva,

la intromisión restrictiva del contenido de tales derechos y libertades fundamentales debe hacerse con los requisitos previstos legalmente, para evitar la expulsión de aquellas fuentes obtenidas violando directa o indirectamente aquellos.

La no inadmisión de la fuente probatoria ilícita vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, o lo que es lo mismo, el derecho a un proceso justo¹, que resulta ligado de esta forma con el derecho a la exclusión de la fuente de prueba obtenida ilícitamente². En otros términos, la admisión y valoración de una fuente probatoria ilícita vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

Como gráfica y muy sencillamente expresó el juez Oliver Wendell Holmes, en un conocido caso como voto disidente: «Es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para tal fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos, y pague por otros delitos, ni que éstos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente [...]. Es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno»³.

O lo que es igual, la inadmisibilidad de pruebas ilícitas constituye una de las garantías con las que el Derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del Derecho penal, más allá incluso de las limitaciones que a dicha intervención en concreto le formule el derecho material específico.

Valorar una prueba prohibida equivale a ignorar las garantías establecidas en su propio ordenamiento, de manera que no rechazar dicha valoración conduce a diluir las garantías y derechos del imputado, no sólo en la investigación sino de su derecho a la prueba como parte de aquel otro derecho incorporado al derecho al proceso debido.

Ahora bien, esta finalidad de preservar las garantías y derechos de los ciudadanos no es la única que compete al Estado. También le competen la tutela de bienes esenciales, que precisamente por serlo, obtienen la protección cualificada que representa el Derecho penal y el proceso a través del cual éste se realiza, y que justifica, por tanto, intromisiones singularmente relevantes por parte del Estado. Entre esos dos intereses surge y pervive una tensión constante.

En definitiva, la ilicitud probatoria plantea, si para obtener una sentencia al menos tendencialmente más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el Derecho penal. Con otras palabras, la realización del Derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia, circunstancia

¹ Art. 24.2 CE.

² Art. 11.1 LOPJ.

³ La cita corresponde a J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: La prueba ilegítimamente obtenida», en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, 1996, pp. 71-72. El caso era *Olmstead v. US*, y en el mismo se condenó por consumo y tráfico de drogas en atención a una prueba de cargo decisiva originada en una interceptación telefónica ilegal.

que exige de prueba que haya llegado con todas las garantías al proceso, que se haya seguido un *procès équitable* (art. 6 CEDDHH); y en el que se hayan respetado las garantías del «proceso debido» (art. 8 CADDHH), el *fairness process* o cualquier otra denominación acuñada.

Esta conclusión avanzada implica que desde la perspectiva de los derechos fundamentales, su tutela y la limitación de cualquiera de ellos, como medida necesaria para los fines investigadores, debe efectuarse salvaguardando un conjunto de garantías, que —precisamente por carecer de la condición de derechos absolutos— puede legitimar o no la prevalencia sobre otros fines como la investigación penal y la persecución de los delitos. De ahí, como veremos después, la ineludible necesidad de llevar a cabo un juicio ponderativo de intereses y derechos contrapuestos.

Para juzgar si la priorización fue correcta o si, aun habiéndolo sido, debe prevalecer el efecto devastador de su ilegítima limitación, se examinarán la injerencia en la esfera de los derechos fundamentales y el respeto a toda una serie de requisitos graduados a través de un rosario de consecuencias, anudadas a la relevancia otorgada a cada uno de los mismos.

En resumen y como hipótesis de partida: el examen de los diferentes presupuestos y requisitos que deben concurrir a la hora de limitar un derecho fundamental actúa como criterio relevante en el juicio ponderativo correspondiente sobre las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. A mayor gravedad de la vulneración mayor proximidad a la ilicitud probatoria.

3. RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: PRESUPUESTOS Y LÍMITES

Los derechos fundamentales no son absolutos sino que son susceptibles de limitación, precisamente, cuando el juego de equilibrio se decante hacia otro fin en tensión, cual sería el caso de las necesidades de la investigación, pongamos por caso. Ahora bien, aun admitiéndose la posibilidad de limitación ésta se supedita a la concurrencia de una serie de presupuestos para no originar el efecto excluyente antes mencionado.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se ha ido elaborando un cuerpo de doctrina, comúnmente aceptada, que actúa como guía general sometiendo la limitación de los derechos fundamentales a la concurrencia de una serie de presupuestos aplicables a todas las medidas limitativas de derechos fundamentales⁴.

Presupuestos que en su conjunto cumplen, además, una importante función hermenéutica de la compleja regulación legal, cuando como sucede con frecuencia ésta falta o resulta insuficiente, o cuando deviene imprescindible coherencia las diferentes interpretaciones de los tribunales.

⁴ De hecho, la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales se contempla en diferentes textos normativos, Constituciones, Tratados Internacionales y normas internas (art. 12 Declaración Universal de Derechos del Hombre; arts. 17 PIDCP y 8 CEDH).

Se trata de los siguientes:

- 1) Fin constitucionalmente legítimo de la medida;
- 2) previsión normativa (principio de legalidad formal y material);
- 3) adoptarse en el marco de un proceso, es decir, jurisdiccionalidad;
- 4) necesidad cualificada de motivación;
- 5) estar sujeta al principio de proporcionalidad *stricto sensu*, y
- 6) ejecución y control judicial de la medida.

Haré una sucinta mención al contenido de cada presupuesto sin poder detenerme en el amplio abanico de cuestiones que se abren en torno a muchas medidas limitativas especialmente conflictivas, como las diferentes intervenciones de las comunicaciones, o por su adopción por órganos carentes de jurisdicción.

1) La *finalidad constitucionalmente legítima* atiende al objeto de la medida que figurará en la norma habilitante y que debe acoger un fin aceptable según los parámetros constitucionales, como sucede pongamos por caso con la necesidad de investigar los delitos.

2) A tenor de la llamada «previsión normativa» cualquier restricción de derechos y libertades fundamentales, para ser legítima, debe estar prevista legalmente en la propia Constitución o en una norma legal habilitante [derecho a la libertad (art. 17.2 y 4 CE); inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); derecho de asociación (art. 22.4 CE); secreto de las comunicaciones (art. 20.5 CE)] o en la ley procesal correspondiente.

Esta categoría suele actuar como auténtica piedra de toque en medidas novedosas relacionadas con nuevas técnicas investigadoras a las que el ordenamiento procesal penal debe irse adecuando impidiendo vacíos legales, que pese al buen hacer general de los tribunales, provocan inevitablemente aplicaciones desiguales y situaciones de inseguridad jurídica. No es difícil encontrar ejemplos en los avances tecnológicos relacionados con las comunicaciones o los científicos en materia de sanidad o investigación médica, como la relativamente reciente regulación de las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN⁵.

En el ámbito europeo la complejidad de las comunicaciones y su intervención se intenta acometer a través de un complejo entramado legal en el que destacan la «Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de enero de 1995». Las intervenciones corporales para la determinación del perfil de ADN constituyen otro ejemplo recurrente, regulado recientemente en España a través de la modificación del art. 363 LECrim.

3) Con arreglo a la *jurisdiccionalidad*, la medida ha de adoptarse por un órgano jurisdiccional y en el seno de un proceso. Deben existir indicios racionales de que los hechos se produjeron y además tales sospechas han de formalizarse en la correspondiente resolución procesal.

La *previa autorización judicial*, plasmada en una resolución motivada que desgrane la atención a la proporcionalidad, es requisito común en la jurisprudencia

⁵ Art. 326 LECrim, y DM 2008/615/JAI.

dencia europea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la cabeza [SSTEDDHH de 25 de marzo de 1998 (caso *Kopp*) y de 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela*)].

Y constituye asimismo presupuesto recogido en el nuevo Código procesal penal chileno, cuyo art. 9 requiere la orden judicial previa para toda medida que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos constitucionales, disponiendo: «En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía».

También en Colombia, donde el art. 246 CPP requiere la autorización previa del juez de garantías para actuaciones incluidas en el capítulo correspondiente a aquellas que requieren tal autorización previa, como las inspecciones corporales, el registro personal, o la obtención de muestras que involucren al imputado.

Junto a la previa autorización judicial y a falta de ésta, por necesidades derivadas de la urgencia para adoptar la medida, otros ordenamientos, como Colombia, contemplan sustituir la previa autorización por una «audiencia de control de legalidad», como sucede con la inspección del lugar del hecho, la exhumación, el aviso de ingreso de presuntas víctimas, los registros y allanamientos, la retención de correspondencia, y la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares. Dicha audiencia de control de legalidad tiene lugar veinticuatro horas después de la medida ante el juez de control de garantías y su decisión no es impugnabile, salvo para la defensa que no hubiera estado presente.

4) La *exigencia de motivación suficiente* de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, por su parte, amén de ser un deber general consagrado para todo tipo de resoluciones, alcanza mayor intensidad cuando, como aquí sucede, las medidas adoptadas limitan un derecho fundamental o una libertad pública. Este requisito adquiere especial relevancia cuando la ley resulta especialmente parca y debe colmarse el vacío legal de alguna manera.

5) Resultado favorable del *juicio de proporcionalidad* centrado en la *idoneidad, necesidad y proporcionalidad* stricto sensu.

La *idoneidad* hace referencia, objetiva y subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente (entrada y registro para conseguir pruebas) como cuantitativamente (duración de la intervención telefónica).

La *necesidad*, también denominada como «alternativa menos gravosa», que compara y sopesa la medida restrictiva que se pretende adoptar en relación con otras posibles, conduciendo a adoptar la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos (la libertad provisional o la prisión provisional, por ejemplo, o la vigilancia en domicilio o la orden de no ausentarse).

La *proporcionalidad en sentido estricto*, se aplica una vez examinada la concurrencia de los dos precedentes y conlleva la ponderación de intereses según la circunstancia del caso concreto, determinando si el sacrificio de los derechos individuales que comporta la restricción, guarda una relación proporcio-

nal con la envergadura del interés estatal que se trata de salvaguardar en casos de tensión entre la necesidad de limitar el derecho al honor para salvaguardar la libertad de expresión, o el derecho a la información en aras del interés de persecución penal.

6) La *ejecución y control judicial de la medida* supone la revisión del órgano jurisdiccional en la ordenación, desarrollo y cese de la intervención. Tal será el caso, en la intervención de las comunicaciones, por ejemplo, al exigirse que sea el propio juez quien materialmente escuche las cintas —siempre originales, no copias— y seleccione lo relevante, y muy especialmente, cuando haya de decidir sobre la prórroga de la intervención o cese de la medida. También implicará la orden de destruir la información irrelevante, o la necesidad de comunicar posteriormente la medida al intervenido, aunque haya resultado infructuosa y la entrega de las grabaciones originales una vez cumplida su finalidad, si bien estas dos últimas son objeto de un constante debate doctrinal. O en el caso de las intervenciones corporales, que exigirá en muchos casos su práctica limitada a personal sanitario, en centros médicos y conforme a la *lex artis* para no ocasionar riesgo para la salud, ni implicar trato vejatorio o degradante.

La *cadena de custodia*. Se refiere esta condición a que el control sobre la medida no sólo acabe en el órgano judicial, sino que hasta su incorporación al proceso mediante el medio de prueba adecuado se preserve dicha cadena de custodia. Tal es el caso, por acudir a la jurisprudencia española en el caso de «existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado», prescribiendo que el juez adopte u ordene a la policía judicial o al médico forense las medidas necesarias para su recogida o custodia y examen garantizando su autenticidad y el respeto de la repetida cadena de custodia.

La concurrencia o ausencia, total o parcial, de alguno de estos presupuestos, incide y mucho, en la existencia de prueba ilícita, al margen de que la propia categoría de prueba ilícita se reserva en la mayoría de ordenamientos a la vulneración de derechos fundamentales y no a la de cualquier otro tipo de derecho. Los diferentes grados de ineficacia directa e indirecta se articula en los distintos ordenamientos legales en atención a la relevancia de los requisitos cuyo quebranto se alegue, en un arco que va desde la nulidad a la mera irregularidad.

Resulta especialmente ilustrativo a estos efectos observar, que la construcción de teorías encaminadas a diluir la ineficacia derivada de la ilicitud cometida, y entre ellas muy particularmente la de la conexión de antijuridicidad, asientan sus bases, asimismo, en la necesidad y alcance de la protección del derecho fundamental implicado en la denuncia de ilicitud cuya conexión de antijuridicidad debe constatararse.

4. CONFLICTO DE INTERESES Y BALANCING TEST

Cuando se oponen prueba ilícita y derechos fundamentales se está en realidad confrontando intereses en conflicto, como el general de la persecución

penal o la seguridad colectiva, frente al derecho o libertad del derecho fundamental de que se trate. Si se entiende prevalente aquel primero estará justificando determinadas formas de adquisición de fuentes probatorias que de otra manera deberían excluirse por ilícitas, siempre y cuando, además, se salvaguarden los presupuestos antes mencionados.

Incluso el interés de la persecución puede concurrir con otros intereses del Estado con los que también debe establecerse el necesario equilibrio: 1) el interés en el correcto desarrollo del proceso y en el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales, singularmente del derecho de defensa; 2) el interés de la persecución penal (criterio de la consecuencia jurídica⁶, importancia de la causa)⁷, y 3) grado de imputación⁸ o éxito previsible de la medida.

Ejemplo recurrente de la doctrina es el registro y secuestro del material en empresas periodísticas que puede resultar desproporcionado si no se valoran los perjudiciales efectos económicos en relación con el ejercicio de la libertad de información.

Ahora bien, aun siendo así, la justificada intromisión puede devenir ilícita o irregular dependiendo del grado de ruptura de alguno de los citados presupuestos, como instrumento determinante de la protección del derecho fundamental en cuestión.

Resumiendo una vez más: desde la perspectiva de los ordenamientos incluidos en el *civil law* o sistema continental, la ilicitud probatoria plantea si, para obtener una sentencia al menos tendencialmente más justa, vale todo o, si por el contrario, existen límites que no pueden traspasarse aun al precio de no poder ejercer la función jurisdiccional y realizar el Derecho penal. Con otras palabras, la realización del Derecho penal a través de un proceso con todas las garantías exige de pruebas obtenidas legítimamente y practicadas en un *procès équitable* (art. 6 CEDDHH); que se hayan respetado en síntesis las garantías del «proceso debido» (art. 8 CADDHH), el *fairness process* o cualquier otra denominación acuñada.

Incluso en países como Estados Unidos, donde las reglas de exclusión se orientan a funciones pedagógicas del quehacer policial y a evitar sus abusos, se contempla el *balancing approach*, consistente en ponderar los intereses en juego a partir de las Enmiendas IV, V, VI y XIV.

Resulta obvio que la tensión entre los intereses de la persecución penal y de la realización del Derecho y los coonestados con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos se incrementa y pone en grave riesgo su equilibrio en circunstancias de gran inseguridad ciudadana que suelen conducir a un endurecimiento en la persecución criminal y muy frecuentemente a una dilución de las garantías. Sucesos como los del 11-S (Nueva York), 11-M (Madrid) o el 7-J (Londres) y sus consecuencias constituyen un ejemplo que no requiere de mayores explicaciones.

⁶ Gravedad de la pena esperada, prisión provisional.

⁷ Gravedad del hecho, peligro de reiteración, interés público por la consecución de una sentencia.

⁸ Grado de los indicios, por ejemplo.

Baste recordar como tras el 11-S se dictaron toda una serie de medidas englobadas en el eslogan (regulación de excepción) que suscitaron importantes enfrentamientos entre países y sus tribunales, como la decisión del Tribunal de Distrito de Róterdam de finales de 2002 en la que, aun admitiendo informes de la policía secreta para iniciar una investigación, se les negó eficacia como fundamento exclusivo de la existencia de una «sospecha razonable», decisión que provocó un duro ataque de la prensa norteamericana a través de *The Wall Street Journal Europe*, de 7 de julio de 2003, criticándola por dificultar la lucha antiterrorista y frustrar los esfuerzos de las agencias de inteligencia a través de (cito textualmente: «tribunales liberales y leyes inadecuadas»).

Al igual que ya había sucedido en otro lugar y momento, concretamente en Perú en un conocido caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*) cuya condena a Perú fue objeto de un voto particular del juez Vidal Ramírez que asentaba su peso en las especiales circunstancias sociales y políticas de aquel país entre 1980 y 1994, cuando, convocadas elecciones para el restablecimiento de la democracia, hace su aparición el terrorismo a través de Sendero Luminoso en la Zona Andina, el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA) en la Zona Selvática, realizando atentados, asaltos, secuestros y otros actos criminales. En la resolución del caso, que nunca llegó a justificar la limitación ilegal de derechos fundamentales, se apelaron a dichas consideraciones sobre la necesidad ante tal situación de dictar el estado de emergencia, con la consabida legislación especial y la ampliación de poderes a la policía.

Esta invocación resulta frecuente en situaciones de aumento de la delincuencia organizada, de su sofisticación y de su creciente globalización, circunstancias que inevitablemente convierten su persecución y castigo con las normas en vigor en ciertamente difícil cuando no imposible, derivando en absoluciones indeseables y suscitando desconfianzas frente a lo que se valora como garantías hipertrofiadas o cuanto menos no justificables en tales supuestos.

A título de ejemplo, a intentar obviar dicho peligro se encaminaron, en el marco de la Unión Europea, después del 11-M toda una serie de medidas con el fin de incrementar y adecuar los instrumentos de la lucha contra el terrorismo.

Se creó un grupo especial contra el terrorismo en Europol con el objetivo de recopilar, analizar y difundir la información de los servicios de inteligencia, y en 2004 se ha presentado un Proyecto de Decisión marco sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los cuerpos de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, en particular en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo (Consejo de la UE, 10215/04, 4 de junio de 2004).

Las acciones, a partir de la idea central de la solidaridad con Estados Unidos se centraron en el acceso e intercambio de información y la prevención. En el primer aspecto destacan una serie de medidas enfocadas al intercambio de información y cooperación sobre delitos de terrorismo, intercambio de información entre las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de

la ley de los Estados miembros; intercambio de datos con INTERPOL; nuevas funciones del SIS en el marco de la lucha contra el terrorismo, y el acuerdo PNR 2007 con los Estados Unidos sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007).

Otras medidas han sido, el *Reglamento del Consejo 2580/2001, de 27 de diciembre*, que además de contener medidas concretas, establece y actualiza las listas de individuos y organizaciones terroristas; la *Decisión del Consejo por la que se crea Eurojust* (28 de febrero de 2002); el *Reglamento 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usama bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes*; la *Decisión marco, relativa a la orden de detención europea* (13 de junio de 2002); la *Decisión marco, sobre la lucha contra el terrorismo* (13 de junio de 2002 y modificada el 6 de noviembre de 2007), y la *Decisión marco, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas* (22 de julio de 2003).

Merece señalarse, en este sentido, que en España no se promulgó ninguna medida legislativa extraordinaria, ni en torno a la investigación de los sucesos del 11-M (Madrid), ni en orden al posterior juicio. Tras una ingente y necesariamente larga investigación y casi un año de juicio público se dictó sentencia el 31 de octubre de 2007.

Pero los delitos terroristas y los no menos preocupantes derivados de la criminalidad organizada no son el único elemento a considerar.

Paralelamente, se observan efectos pendulares en la justicia, que en periodos de menor incidencia mediática en torno a la inseguridad ciudadana, «abre la mano» y muestra una mayor sensibilidad para preservar las garantías individuales; mientras que frente al incremento de la criminalidad y la percepción de un cierto «hipergarantismo», provocan reacciones en sentido contrario con diversas manifestaciones: reducir el ámbito de aplicación de la doctrina sobre «prueba ilícita»; aumentar las exigencias para su aplicación o incorporar doctrinas atemperadoras más objetivas, como la conexión de antijuridicidad, la buena fe del transgresor; el descubrimiento inevitable, el nexo causal atenuado, o la «fuente independiente», entre las primeras; o «la licitud de la confesión informada», y «el conocimiento de la ilicitud probable», entre las segundas.

¿Qué efectos producen sobre la prueba ilícita estos movimientos pendulares? ¿Cómo interactúan? Me referiré a dos ejemplos tan diferentes como ilustrativos: el español y el norteamericano a partir de una sucinta mención a su legislación y decisiones jurisprudenciales más destacadas.

5. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA PRUEBA ILÍCITA: EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL COMO EJEMPLO SIGNIFICATIVO

El devenir de la prueba ilícita en el ordenamiento español ilustra perfectamente las posibles configuraciones de la prueba ilícita, desde la nulidad y las

reglas de exclusión, hasta la mera irregularidad y las teorías atemperadoras de la citada exclusión. Fluctuaciones que parten de una regulación legal primero inexistente y después claramente insuficiente, especialmente a la hora de regular los presupuestos de determinadas medidas limitativas de derechos fundamentales.

A) Antes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y hasta la STC 114/84, tras los AATC 173/84 y 289/1984, no se reconoció la garantía constitucional de la inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas. De hecho, antes de la Constitución de 1978 doctrina y jurisprudencia se pronunciaban a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente.

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.

Con posterioridad se fue abriendo camino la doctrina de la ilicitud de la prueba, si bien oscilando entre las diversas posiciones señaladas, singularmente aquellas que defienden su total erradicación ya desde la propia admisión, hasta otras que la sitúan en la fase de valoración de la prueba.

Es precisamente a partir de la necesidad de protección específica de los derechos fundamentales cuando varía esta doctrina. La STC 114/84 consagra la inadmisibilidad de las fuentes de prueba ilegítimamente obtenidas, si bien limitada a que dicha conducta haya vulnerado algún derecho fundamental.

Esta valoración no configura un derecho fundamental autónomo a la no recepción de las pruebas de posible origen antijurídico, sino que «se trata de la expresión de una garantía objetiva implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos [...]».

En el caso de vulneración puede constatarse la exigencia prioritaria de atender a la plena efectividad de los repetidos derechos fundamentales, relegando a un segundo plano los intereses ligados a la fase probatoria del proceso (FJ 2). De esta manera, si la única prueba de cargo tiene un origen ilícito, admitirla como apta para enervar la presunción de inocencia vulneraría el derecho a un procedimiento con todas las garantías y a la igualdad de las partes (no se afirma, sin embargo, que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, como defienden algunos autores). Esta doctrina se confirma en el Auto de 18 de junio de 1992 (caso *Naseiro*).

A tenor de esta resolución, la imposibilidad de estimación procesal de la prueba ilícita puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos.

Es decir, que aunque la hipotética recepción de una prueba lograda antijurídicamente no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamen-

tal, tampoco debe descartarse en abstracto esta afectación y la consiguiente lesión, pero ésta se producirá únicamente por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE). Sólo se produciría, simultáneamente, vulneración del derecho a la presunción de inocencia si la condena se fundara *exclusivamente* en una o varias pruebas obtenidas ilícitamente. En tanto la condena se funde en otras pruebas carentes de tal vicio, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías pero no la presunción de inocencia (STC de 2 de abril de 1998).

Con arreglo a esta doctrina, el concepto de «medios de prueba pertinente»⁹, pasa a incorporar a su contenido técnico-procesal un alcance, a tenor del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio obtenido con la repetida vulneración¹⁰.

«Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual, nunca podrá considerarse “pertinente” un medio probatorio así obtenido» (STC 114/1984, FJ 51.2).

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

B) En la Ley Orgánica del Poder Judicial

A falta de otro precepto específico al respecto la doctrina sobre la prueba ilícita se asentó sobre el art. 11 LOPJ que prescribe: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

⁹ Art. 24.2 CE

¹⁰ STC 114/94. Esta concepción presenta alguna dificultad de aplicación práctica desde un doble punto de vista atinente a la contradicción: 1.º) cómo realizar el análisis contradictorio en la fase instructora, y 2.º) que contra la decisión de admisión de prueba no se articule recurso alguno, ni a tenor del art. 659.III LECrim en el proceso por delitos graves, ni conforme al art. 792.I LECrim. en el procedimiento abreviado. Sólo es posible interponer recurso de súplica a efectos de casación, sin perjuicio de reproducir la denuncia en el juicio oral.

La aplicación de este precepto, empero, ha suscitado no pocas dificultades en los siguientes aspectos: en primer término, la interpretación literal del término «pruebas obtenidas», de cuyo tenor literal algunos deducen que la ilicitud probatoria sólo alcanza a las infracciones cometidas durante la labor de búsqueda de las fuentes de prueba, que es propia de la fase instructora del proceso penal, mientras que durante el juicio la prueba no se obtiene sino que se practica, lo que excluiría la ilicitud de las infracciones cometidas en tal momento.

La doctrina mayoritaria rechaza esta posición defendiendo un concepto más amplio del término «obtenidas» que abarque toda la actividad para que la prueba se incorpore al proceso y sirva de base a la decisión del tribunal sentenciador.

A partir de esta última tesis, la jurisprudencia avala que durante la práctica de la prueba en el juicio oral puedan infringirse derechos fundamentales. Ocurrir, sin embargo —y ahí se centra la segunda dificultad anunciada— que tales derechos suelen ser de carácter procesal (la inmediación y la contradicción, fundamentalmente) y un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia niegan que la infracción de derechos fundamentales de contenido procesal originen ilicitudes probatorias, debiendo articular dichas infracciones a través de la nulidad de la prueba al amparo del régimen general de las nulidades procesales.

Unido a ello y con singular relevancia en la práctica, la propia evolución conceptual de la prueba ilícita y la interpretación del texto del art. 11.1 LOPJ al hacer referencia expresa a «pruebas obtenidas directa o indirectamente», suscitan la espinosa cuestión de los conocidos como «efectos reflejos de la ilicitud» o doctrina de los frutos del árbol envenenado.

6. INEFICACIA INDIRECTA Y DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

El tratamiento de la falta de eficacia se ha diversificado mucho. Los diversos instrumentos se resumen seguidamente siguiendo el hilo conductor del ordenamiento español.

6.1. Nulidad, ineficacia y doctrinas atemperadoras

Conforme a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y tras un periodo de discusión sobre si cabía aplicarla o no en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia se decantó positivamente, llegando incluso a una hermenéutica tan generosa de nulidades, que provocó en buena medida un efecto pendular hacia la aplicación de la llamada doctrina de la conexión de antijuricidad, que se ha ido simultaneando con la admisión de otras doctrinas atemperadoras constitutivas de excepciones a la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, o lo que es igual, del efecto excluyente, a través de entender prevalente aplicar otras doctrinas como «el descubrimiento inevitable»; «el nexo causal atenuado» y «la fuente independiente».

Tras un periodo de máxima aplicación de exclusiones se inicia una línea reduccionista, que junto a calificar de meras irregularidades aspectos antes

calificados como causas de nulidad, limita la aplicación del art. 11.1 LOPJ, y con ello, la de la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Son particularmente ilustrativos los vaivenes legislativos en torno a la presencia del secretario judicial en las entradas y registros a domicilios y las modificaciones legales del art. 569 LECrim 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 —mediando un auto judicial habilitante— no afectaba al derecho fundamental, de manera que su ausencia constituía una mera irregularidad atinente a la legalidad ordinaria que se reconducía a una cuestión de valoración probatoria. A la hora de valorar el registro efectuado sin presencia del secretario, ante la falta de sujeto que incorpore la fe pública, se privaba al 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 de 18 de octubre de 1990, 12 de octubre de 1992, 3 y 10 de julio de 1995 y 11 de julio de 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.

Esta modificación dejaba, empero, una cuestión en el aire: ¿cabe el testimonio de los policías intervinientes? 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 Junta de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 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».

Como las resoluciones en torno al secreto de las comunicaciones en las intervenciones telefónicas, en las que no se aprecia que la falta de control judicial (en el triple sentido de: 1.^a) Velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto habilitante; 2.^a) escrupulosidad en la recepción del material grabado (autenticidad e integridad), y 3.^a) adopción de las medidas necesarias para la advertencia escrita de las grabaciones obtenidas y selección de cuanto puede ser importante, provoquen vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque sí implican irregularidades que determinan la ineficacia probatoria pero no su ilicitud.

De esta manera, «los datos obtenidos no pueden ser incorporados a través de la cinta, pero cabe valorar la declaración testimonial 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» (STS de 25 de octubre de 1994).

Otras resoluciones, sin embargo, esta vez del TC, recuerdan que la falta de autorización o de motivación sí provoca vulneración del derecho fundamental y de ahí que todo elemento probatorio que se deduzca del contenido de las conversaciones intervenidas no debe ser objeto de valoración probatoria. Y, además, que conocido otro hecho delictivo en la intervención, si el juez no es informado, y previo análisis de su competencia, amplía el objeto de la intervención o incoa nuevas diligencias, tal hecho no puede ser objeto de valoración por provenir de «fuente ilícita»¹¹.

La citada ausencia de control judicial se entiende, por otra parte, que vulnera el principio de proporcionalidad «en cuanto criterio de interpretación inferido de los preceptos constitucionales en juego, toda vez que al desconocerse los hechos que realmente se estaban investigando, no pudo efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la finalidad perseguida» (FJ 4).

6.2. Efectos reflejos y doctrina de los frutos del árbol envenenado: la teoría de la conexión de antijuridicidad

Junto a la línea atenuadora señalada se ha recurrido a diversas teorías a la hora de evitar la extensión de los *efectos reflejos de la prueba ilícita o doctrina de los frutos del árbol envenenado*.

Así, frente a la nulidad derivada del acto ilícito, tanto en sí misma, cuanto de todos aquellos hechos que no hubieran podido conocerse de otra forma (*teoría del nexo causal*) surgen las doctrinas de la «fuente independiente», del «descubrimiento inevitable» y del «nexo causal atenuado» o del «vicio saneado», sustentadas en el principio de legalidad en conjunción con el principio de conservación del acto lícito.

Con arreglo a la doctrina del *descubrimiento inevitable* puede obviarse la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado o aquellas pruebas que en caso de no haberse cometido la primera ilicitud, habrían sido en todo caso encontradas con arreglo al propio curso de las investigaciones.

La doctrina de la *fuentes independiente* impide aplicar la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando no existe una vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posterior/es. En cuanto a la doctrina de la *irregularidad saneada*, la existencia de un nexo causal muy debilitado permite dejar de extender la ineficacia¹². Aunque la prueba

¹¹ STC 49/96, caso de la Hoz, Uranga y Bravo Morcillo.

¹² STS de 28 de abril de 1995 (Carrero Ramos). La aplicación de la «irregularidad saneada» se centraba en que el verdadero motivo de la validación probatoria del hallazgo casual de droga en una entrada y registro que no se había autorizado para investigar ese delito, sino otro contra la

válida no provenía de «fuente independiente» sino de la misma (entrada y registro) el nexo causal entre ambos está tan debilitado por la presencia judicial que la menor ilicitud queda saneada.

Pero el auténtico bandazo en la configuración de la prueba ilícita y sus consecuencias fue la conocida como «teoría de la conexión de antijuridicidad».

Formulada en la STC 81/1998 constituye un punto de inflexión hacia posiciones tendencialmente restrictivas.

La STC 81/1989 sienta varias premisas: *a)* recuerda que los derechos fundamentales no son absolutos; *b)* admite la legitimidad intrínseca de las pruebas reflejas, señalando también que tal legitimidad se perderá sólo al apreciarse una «conexión de antijuridicidad», y *c)* restringe la ineficacia de las pruebas reflejas únicamente a aquellos supuestos en que se aprecie la existencia de «conexión de antijuridicidad».

A partir de ahí, la aplicación de esta teoría se supedita al resultado de dos análisis que debe efectuar el órgano judicial caso a caso.

El análisis *desde el punto de vista interno*, que se encamina a dilucidar si la antijuridicidad de una prueba se transmite o no a las consiguientes [«si la ilegitimidad constitucional de las pruebas (mejor, fuentes) ilícitamente obtenidas se extiende a las derivadas»], al margen de la relación de causalidad entre ambas. Con arreglo a dicho punto de vista interno se valora la magnitud de la infracción generadora de la invalidez de la medida practicada. A continuación se analiza el resultado inmediato de la infracción, es decir «el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente», ponderando el grado de influencia de los datos revelados por dicha medida, respecto de la siguiente injerencia legítimamente realizada.

El análisis desde el *punto de vista externo*, examinará la magnitud de la vulneración del derecho procesal de que se trata en cuanto a las «necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del mismo exigen». «Solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades 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» (SSTC 11/1981 y de 2 de abril de 1998)¹³.

propiedad, y que en la diligencia se hallaba presente la juez de guardia asistida por la secretaria judicial, razón por la cual no fue necesario «el formalismo de exigir la suspensión de la diligencia de registro para recabar una autorización judicial o una nueva resolución extensiva a la autorización de otros delitos».

¹³ En la última resolución se trataba de unas escuchas ilegales a partir de las cuales se producía posteriormente una entrada y registro a domicilio legal. Atendidas las circunstancias del caso (la persona estaba sometida a vigilancia policial; era sujeto de sospechas y, además, mediante la intervención telefónica sólo se supo que iba a realizar una visita), el TC consideró que la información obtenida a través de la intervención telefónica posee un «valor neutro» respecto de la aprehensión de la droga en el domicilio que se hubiera conocido inevitablemente. Así, se entiende «roto el nexo entre la prueba originaria y derivada».

Con el primer análisis («interno») se acomete la relevancia, desde el punto de vista de la causalidad, entre la vulneración del derecho fundamental y los efectos que conlleva directa e indirectamente. Con el segundo (*análisis externo*) se atiende a la perspectiva del examen de las necesidades de tutela del propio derecho fundamental (secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.) de manera que exceptuar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene origen en otra, no signifique, en modo alguno, incentivar la comisión de infracciones del repetido derecho fundamental, privándole así de una garantía indispensable para su efectividad.

Si se considera que se vulneraron frontalmente tales garantías (ausencia de resolución judicial, resolución carente por completo de motivación, por ejemplo) deberá estimarse que la apreciación de la prueba basada indirectamente en fuente ilícitamente obtenida contribuye a enervar la necesidad de tutela del derecho fundamental. Si, por el contrario, no existe tal vulneración, sino una simple irregularidad (ausencia en el auto que permite la intervención telefónica de datos objetivos, más allá de las simples sospechas, por ejemplo) la necesidad de tutela del derecho fundamental (en este caso, el secreto de las comunicaciones) se entenderá suficientemente satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba originada directamente por la intervención, aquella directamente constitutiva de la lesión, sin necesidad de extender la prohibición a las pruebas derivadas.

6.3. Aplicación mayoritaria de la doctrina de la conexión de antijuridicidad. críticas; nuevo rumbo jurisprudencial y matizaciones

Desde la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 1988, la aplicación de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad» ha sido casi absoluta, en los casos en que se aprecia «conexión causal» y por ende se consideran nulas las medidas que limitaron el derecho fundamental y las pruebas practicadas derivadas de ellas.

Pese a que la aplicación de esta teoría exige una adecuación caso por caso, la jurisprudencia ha ido sentando una serie de parámetros que sirven para definir la existencia o no de la referida *conexión de antijuridicidad*:

1) En varias resoluciones se ha entendido que no resulta aplicable la doctrina de los frutos del árbol envenenado si los agentes públicos actuaron de buena fe, esto es, en la convicción de respetar la legalidad y los derechos del imputado; se niega asimismo la eficacia refleja de la ilicitud cuando resulta de aplicación la llamada «teoría de la fuente independiente» o lo que es lo mismo, cuando no exista vinculación directa entre la práctica de una diligencia de forma ilícita y la/s diligencia/s posterior/es.

2) Se acude también a la noción de «descubrimiento inevitable».

3) Finalmente, se consideraba que la propia confesión del acusado en el juicio «sana» posibles ilicitudes previas, siempre que sea voluntaria y libre, para lo que resulta imprescindible que se le haya informado de la ilicitud de las otras pruebas obrantes en la causa.

No han faltado, sin embargo, críticas doctrinales denunciando las carencias de la teoría de la conexión de antijuridicidad y de ahí la práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Entre las primeras se ha destacado importantes efectos negativos de la repetida teoría: 1.º) la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional; 2.º) la insuficiencia del argumento conforme al cual que los derechos fundamentales no sean absolutos en modo alguno implica que la garantía deba excepcionarse; 3.º) la dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado; 4.º) la insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales, o 5.º) la indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales en lo relativo a la presunción de inocencia e inadmisión de prueba ilícita.

A tal efecto se ha propuesto distinguir entre «pruebas obtenidas como consecuencia de violentar un derecho fundamental sustantivo» y «pruebas obtenidas conculcando simultáneamente alguna de las garantías procesales del art. 24 CE», en la idea de que en muchos de los casos del último supuesto el régimen aplicable debería ser el de las nulidades procesales de los arts. 238.3 LOPJ y 225.3 LEC.

En lo relativo a las *insuficiencias* generadas por la aplicación de la doctrina del fruto del árbol envenenado y las igualmente insuficientes doctrinas correctoras, se sugiere acoger el principio de unidad de acto y revisar la aplicación de la doctrina de los hallazgos casuales.

El *principio de unidad de acto* prohíbe contemplar aisladamente los elementos o secuencias de una misma intervención restrictiva, cuando la naturaleza de ésta impone su consideración unitaria. Como sucede en aquellos casos en los que la lesión del derecho fundamental y la obtención de una prueba, aunque se presenten en idéntico marco restrictivo, pueden parecer desconectados en la relación de causalidad (detención ilegal y posterior confesión en presencia de abogado y advertido de sus derechos). El principio de unidad de acto garantiza los derechos del ilícitamente detenido para que no sea posible aislar la confesión o la segunda intervención restrictiva, la intervención corporal, del hecho mismo de la detención.

7. LA PRUEBA ILÍCITA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEÁMERICA

Si buena parte de la doctrina sobre prueba ilícita ha seguido la estela de la sentada por los Tribunales de los Estados Unidos de América como auténtico motor y referente unánime, en la actualidad, la doctrina norteamericana habla de «futuro incierto de la regla de exclusión», de «coste de la regla de exclusión» o de «asalto contra la regla de exclusión».

En efecto, la sentencia *Hudson v. Michigan* ha supuesto la confirmación de una tendencia detectada en la últimas décadas, en una dirección tal que llega a cuestionar la pervivencia de la repetida regla de exclusión, circunstancia, por otra parte, nada novedosa si pensamos que ha estado presente desde la «Era

Warren» y el «activismo judicial» y que ahora vuelve por sus fueros por efecto de la incorporación de los jueces Roberts y Alito en unión de Thomas y Scalia a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América¹⁴.

7.1. La sentencia *Hudson v. Michigan*

Muy resumidamente, Booker T. Hudson fue condenado por el tribunal estatal por posesión de drogas y armas de fuego después de que la policía le encontrase cocaína y una pistola en casa. Aunque la policía iba provista de una orden de registro no respetó la regla *knock and announce* derivada de la IV Enmienda, conforme a la cual, los policías deben esperar 20-30 segundos tras llamar a la puerta y dar a conocer su presencia antes de entrar en el hogar de alguien.

La sentencia de instancia absolvió al acusado por no poder utilizar las pruebas encontradas en la entrada y registro, el tribunal de apelaciones de Michigan revocó la sentencia, condenando.

Se consagraba así un giro en la doctrina establecida a partir de la conocida sentencia *Weeks v. Colorado*, confirmada después en la no menos citada *Mapp v. Ohio*, rechazando la aplicación de la *Exclusionary Rule* o cuando menos limitando extraordinariamente los supuestos que justifican su procedencia.

Cabe recordar que las críticas frente a la *Exclusionary Rule* y con ello las razones para no aplicarla, nacieron prácticamente con ella y a lo largo de los años ha ido sufriendo altibajos hasta el momento actual en que se cuestiona directamente. Su fundamento se articula en torno a cuatro argumentos: *a)* el coste que comporta; *b)* la atenuación de la necesidad del efecto disuasorio por la creciente profesionalización de los funcionarios de policía; *c)* la nueva doctrina de la conexión atenuada, y *d)* los remedios civiles existentes.

Tales argumentos no hacen sino constatar el abandono del principal motivo de la regla de exclusión que originariamente se centraba en preservar la integridad judicial y el efecto disuasorio de su aplicación sobre el mal quehacer policial, y consecuentemente, que tras abandonar el primero o reducirlo notablemente y haber encontrado otro remedio para la consecución del efecto disuasorio, lo ponen en tela de juicio para luego rechazar directamente que la exclusión contribuya a que la policía respete la ley.

Se señala en tal sentido: «(que) no se puede asumir que la exclusión en el contexto actual ofrece efectos disuasorios necesarios simplemente porque hace mucho tiempo consideramos que era un efecto disuasorio necesario. Ello implicaría forzar al público de hoy a pagar por los pecados e inadecuaciones de un régimen jurídico que existía hace casi cincuenta años [...] por lo que sabemos, la responsabilidad civil —derivada del 42 USC par. 1989 referente a la

¹⁴ Este último fue el ponente de la sentencia *Hudson v. Michigan*. Sobre el particular, cfr. S. A. BANDES, abril de 2009, pp. 1 a 9. Destaca la autora que la incorporación de los jueces Roberts y Alito a la Corte Suprema, habiendo sostenido posturas claramente contrarias a la aplicación de la regla, en unión de otros dos magistrados que comparten tal parecer —entre ellos Scalia, el ponente de la sentencia *Hudson v. Michigan*— deja la regla en una posición extremadamente precaria.

responsabilidad civil de los oficiales de policía por vulneraciones de derechos constitucionales— ofrece una disuasión efectiva en este ámbito al igual que lo hemos asumido en otros ámbitos».

7.2. Posiciones frente a la sentencia *Hudson v. Michigan*

Las reacciones frente a la repetida resolución no se han hecho esperar abriendo un frente de discusión, que reproduce una vez más la tensión entre los intereses enfrentados y las diversas sensibilidades en cuanto a la priorización de unos u otros.

Se admite según lo visto que la profesionalización de las fuerzas policiales ha ido creciendo, enfatizando la relevancia a tal fin de la disciplina policial interna, pero sin compartir, empero, la consecuencia señalada en la repetida sentencia, es decir, que carece de sentido mantener la regla y resulta más eficaz reenviar la cuestión a la indemnización del lesionado por vía civil.

El motivo es que, si bien resulta apreciable una mayor formación profesional, ésta no ha erradicado prácticas muy preocupantes, y por ende, el fundamento de la regla de exclusión no puede entenderse superfluo. Diversas encuestas efectuadas a la propia policía parecen corroborar este parecer.

En cuanto a la mayor facilidad para reclamar responsabilidades a la policía en comparación con la situación en 1961; si bien es cierto, por una parte, e incluso se extiende a un campo ciertamente ampliado, por otra parte, no cabe negar el hecho de que resulta claramente más difícil atacar conductas policiales indebidas. Mucho más, incluso, cuando se trata de oficiales de policía denunciados individualmente, por efecto de la doctrina de los tribunales sobre inmunidad en sus investigaciones, e inmunidad en sus conductas ante la Corte.

Parece, de este modo, que pese a todos los avances señalados, no resulta tan evidente ni justificado eliminar la regla de exclusión. Opinión defendida por un conocido criminólogo de quien se refiere, que habiendo publicado un importante trabajo enfocado a destacar los efectos beneficiosos de la regla de exclusión sobre el quehacer policial, fue objeto de cita explícita por el juez Scalia en la sentencia *Hudson v. Michigan*, como argumento de autoridad para justificar, precisamente, que ya no resultaba necesaria. La cita suscitó la publicación de un artículo de opinión con el significativo título *Thanks for Nothing, Nino*.

7.3. Una nueva vuelta de tuerca: *Herring v. United States* y nuevas restricciones en la aplicación de la *good faith exception*

La línea restrictiva, cuando no excepcional, a la hora de invocar la *Exclusionary Rule*, sigue manifestándose en otras resoluciones, como en el caso *Herring v. United States*, que corrobora la práctica erradicación de la tan repetida regla del panorama estadounidense, extendiendo hasta donde nunca había llegado la eficacia de oponer la «buena fe» y con ello de impedir aplicar la regla de exclusión.

En *Herring v. US* se trataba de un arresto realizado con una orden ilegal que derivó en una entrada y registró donde se hallaron armas y drogas. Con independencia de los detalles del caso concreto, que se centran en si un policía puede utilizar fuentes de prueba obtenidas ilegalmente por otro policía, sin que el resultado sea la exclusión de aquéllas, y que no concurría de hecho en este supuesto, la crítica hacia la negativa de aplicar la regla de exclusión se centra en significar un retroceso de más de cincuenta años en la jurisprudencia, y suponer que un policía puede utilizar válidamente la fuente de prueba obtenida ilegalmente por otro. O dicho de otra manera, reducir la aplicación de la regla de exclusión, como regla general, a casos extraordinarios en los que la policía actuó de forma dolosa o flagrante (*sic: intentional, flagrant, or recurring*).

La relevancia de este caso se centra en ser el primero referido a una orden de arresto ilícita pero proveniente de un error no voluntario ni deliberado, lo que obligará en el futuro a examinar la «doctrina de la buena fe» a partir del test de la «voluntariedad y culpabilidad» para decidir sobre su aplicabilidad.

Y lo que parece preocupar más aún, que el reconocimiento de otros remedios frente a la vulneración de los derechos en cuestión parece tener más *constitutional status* en la jurisprudencia de la Corte Suprema que el ofrecido a partir de la regla de exclusión.

7.4. Lecciones posibles

Cabe reflexionar, para poner fin a este apartado, que la tendencia del país que opera como parangón mundial en materia de prueba ilícita se encamina hacia la práctica eliminación de la regla de exclusión, o cuando menos a relegar su aplicación a circunstancias cada vez más excepcionales, sustituyendo su marco de protección por la adopción de remedios civiles.

Cierto que dicha sentencia no desentona con una línea de actuación general hacia el predominio de la efectividad de la persecución del delito (*Law & Order*) que sitúa la protección de los derechos y libertades en una posición ciertamente subsidiaria. Pero aún así, dicha evolución, que se explica mejor desde la óptica estadounidense, en la medida en que las funciones esenciales de la incorporación de dicha regla —el efecto disuasorio (*deterrent effect*) y la integridad judicial (*judicial integrity*)— pueden verse alcanzados por la creciente profesionalización de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, convierten la *Exclusionary Rule* en un coste prescindible.

Cuestión diferente, como tantas otras, es la traslación de dicha doctrina a países en los que el fundamento de la prueba ilícita no es ése, o incluso, aun cuando así fuera, si parafraseando un párrafo de la sentencia *Hudson v. Michigan*, otros ordenamientos están dispuestos a asumir el riesgo que conlleva tal erradicación sobre sus generaciones futuras.

8. REFLEXIÓN FINAL

Salvo en los Estados Unidos de América donde parece dominar el fundamento desalentador de eventuales comportamientos ilícitos de los agentes

públicos, y aún allí no faltan apelaciones al *fairness process* o a la legitimidad del Estado; la regla de exclusión, o la prueba ilícita, atiende a la garantía de los derechos de los ciudadanos mediante un proceso donde la eventual condena no proceda de un quehacer ilícito (público, pero asimismo, privado); donde la verdad no pueda obtenerse «a toda costa» y en el que, caso de conflicto con otros intereses igualmente legítimos, se lleve a cabo una ponderación equilibrada informada por principios que cierren el círculo de tutela del citado «justo proceso».

Estas son las líneas directrices que dibuja el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos cuando establece como parangón el «proceso equitativo» consagrado en el art. 6 CEDDHH o el «proceso debido» en el art. 8 CADDHH.

Qué duda cabe que en épocas de mayor vulnerabilidad la existencia de un régimen específico, más factible si su ámbito de aplicación no resulta inabarcable, facilitará la tutela de intereses, especialmente si se trata de los individuales.

En este marco, la limitación de los derechos fundamentales constituye una restricción cuyo objetivo es al menos preservar un ámbito incólume ante la dilución de determinadas garantías. Y en tal dirección merece alguna consideración la existencia de un previsión normativa específica relativa a la sumisión de la regla de ponderación al principio de legalidad o cuando menos de sus líneas esenciales, limitando el arbitrio judicial a partir de una delimitación específica.

O lo que es igual, y cerrando el círculo de reflexiones donde las iniciamos: los derechos fundamentales adquieren gran significado, y especialmente los requisitos a que se somete su válida limitación, como doble parámetro de la «justa obtención» de fuentes de pruebas y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.

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

En todo caso, debe preservarse un núcleo de derechos cuya vulneración determina ineludiblemente la ilegitimidad de la condena por estar en juego la dignidad de la persona, como acontece con la confesión obtenida a partir de la tortura, supuesto en el que no cabe juicio ponderativo ante la dificultad de invocar interés proporcionalmente oponible. En casos como el citado, además, no sólo se protege la dignidad humana sino la obtención de la verdad, en la medida en que es altamente probable que se declare para poner fin al suplicio con independencia de la veracidad.

Puede concluirse así, que aun resultando inevitable aceptar la adopción de respuestas jurídicas más agresivas en épocas de mayores asaltos contra la paz social o que la situación contraria propicia una mayor atención a la tutela de

las garantías individuales; en todas las circunstancias el Estado de Derecho debe garantizar ámbitos seguros e intangibles de libertad ciudadana, a partir de los cuales podrán ser contrapuestos con otros y equilibrados.

En la innegable tensión entre estos y otros intereses en conflicto no resulta rechazable recurrir al juicio ponderado atendiendo al principio de proporcionalidad; el *balancing test*; o al *Abwägung*, en el que se gradúen los efectos atendiendo no sólo al carácter de los derechos vulnerados sino también a la gravedad de la lesión producida.

No existe un tratamiento perfecto, ni en el modo, ni en el tiempo, ni probablemente con vocación universal, para todos los supuestos.

Realidad que, sin embargo, no debe impedir fijar unos mínimos que se extiendan y comprendan a los presupuestos que regirán las limitaciones de derechos fundamentales, pero también las relativas a garantizar las actuaciones policiales, ya sean previas al proceso, ya se incluyan en su fase investigadora, así como a la incorporación de su resultado al proceso o a su admisión y práctica o reproducción en el juicio.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, T., «La verdad en el filo de la navaja: nuevas tendencias en Europa y América en materia de prueba ilícita», *Revista Ius et Praxis*, vol. II, Chile, 2007.
- «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita», en AAVV, *Direito Processual Comparado* (XIII World Congress of Procedural Law), Rio de Janeiro (Brasil), Forense, 2007.
- «Los derechos fundamentales y su limitación. Garantías y consecuencias de su vulneración», en XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, septiembre de 2011.
- CUADRADO, P., «La dimensión europea de los derechos de defensa», en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos Fundamentales en materia procesal*, Civitas, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre de 2003.
- DEL MORAL GARCÍA, A., *Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*, Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, t. V-2001.
- DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍNEZ MORALES, R., «La teoría de la conexión de antijuridicidad», en *Estudios*, «Justicia Democrática».
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, F., «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida», en AAVV, *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, 1996, IX.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo inmediato», en AAVV, *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2008.
- GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.
- MARTÍN PALLÍN, J., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», *Poder Judicial*, Especial VI.
- MILL DE PEREYRA, R., «Prueba y sucedáneos de prueba en el proceso penal», en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, t. II, CEDMA, 2006.

- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.ª ed., Bosch, 2004.
- ORMEROD, D., y BIRCH, D., «The Evolution of the Discretionary Exclusion of Evidence», *Criminal Law Review*, 2004.
- ORTELLS RAMOS, M., «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional», *Medidas restrictivas de los Derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, XII.
- PARRA, J., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita», Ponencia nacional de Colombia, para el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Salvador de Bahía, septiembre de 2007.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.; SCARANCA FERNANDES, A., y MAGALHAES FILHO, A., *As nulidades no processo penale*, 9.ª ed., Brasil, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en *Fundamentos*, núm. 4, 2006.
- VÉSCOVI, E., «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita», *LJU*, t. LXX, sección doctrina, Montevideo, 1983.
- VIVES ANTÓN, S., «Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2002.
- VOGLER, R., «Últimas tendencias probatorias en Inglaterra», en AAVV, *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2008.
- WALKER, S., «Thanks for Nothing Nino», *L. A. Times*, June 25, 2006.

XI

EXCLUSIONARY RULE: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EUROPA Y AMÉRICA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PERSPECTIVA SUBJETIVA: ÓRGANOS PÚBLICOS; SUJETOS PRIVADOS A LAS ÓRDENES DE AQUÉLLOS Y AGENTES INFILTRADOS.—2.1. La condición de funcionario público.—2.2. Sujetos privados a las órdenes de órganos oficiales de la investigación.—2.3. Agente encubierto e infiltración.—3. PERSPECTIVA OBJETIVA: PROHIBICIONES RELATIVAS A LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN: PROHIBICIONES DE PRODUCCIÓN Y PROHIBICIONES DE UTILIZACIÓN. EL CARÁCTER DE LAS NORMAS VULNERADAS Y LA INCIDENCIA DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3.1. Prohibiciones probatorias de obtención, de valoración y de utilización.—3.2. El carácter de las normas vulneradas.—4. FUNCIONAMIENTO DE LA *EXCLUSIONARY RULE*; PROHIBICIONES PROBATORIAS, PROHIBICIONES DE USO, NULIDADES, *INUTILIZZABILITÀ*.—4.1. Constitucionalización de la regla de exclusión.—4.2. La ineficacia probatoria y nulidad.—4.3. El recurso a una categoría procesal propia: la *inutilizzabilità*.—4.4. Posición intermedia: sopesar y reequilibrar.—4.4.1. Ponderación de los intereses en juego: diversas teorías.—5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN.—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

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

La citada regla de exclusión se asienta en los países europeos, enfatizando la necesidad de respetar el principio de legalidad y las garantías procesales a la hora de buscar la verdad en el seno de un proceso. Su construcción pone de manifiesto la existencia de dos intereses contrapuestos entre sí, aunque plenamente valorables en un plano diferenciado: la persecución de

* Este trabajo nace de diversas reelaboraciones de algunos aspectos abordados en mi monografía *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, 2.ª ed., Marcial Pons, 2011.