

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MORALES, Ricardo Martín, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

Es sabido que, en algunos sistemas constitucionales, las pruebas ilícitamente obtenidas, aunque puedan dar lugar eventualmente a un procedimiento civil o criminal frente a los funcionarios responsables, no impiden su valoración contra un acusado (“*male captum, bene retentum*”, podría decirse también, “*factum infectum fieri nequit*”, “lo hecho no puede devenir no hecho”). Aunque en la actualidad en el Reino Unido este criterio no se sostiene tan contundentemente ni en términos tan absolutos como antaño, en un famoso caso de 1955 el *Privy Council* sostenía al respecto, en palabras de lord Goddard: “el criterio aplicable para decidir si una prueba es admisible estriba en si es relevante para el caso en cuestión. Si lo es, resultará admisible, y al tribunal le importa poco cómo se obtuvo la prueba”, con recordatorio del caso *Leatham* de 1861: “no importa cómo se ha conseguido la carta; aunque hubiera sido robada, habría sido admisible como prueba”.¹

Frente a ello, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América formuló en *Weeks vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914) la conocida como “exclusionary rule”², prohibiendo la admisión en juicio de pruebas ilegalmente obtenidas (pues, de otro modo, los derechos constitucionales afectados serían “*of no value*”³ y la actuación ilegal “*should find no sanction in the judgments of the courts*”)⁴, si bien esta regla ha sido controvertida desde entonces hasta nuestros días, ya sea para rechazarla por motivos de orden público, ya sea para restringir su alcance excluyente (por ejemplo, limitándolo a los casos en que ello permitiría fomentar la disuasión a la policía de la obtención de pruebas ilegales) y también su naturaleza y aplicación a nivel federal y estatal ha sido objeto de controversia en

1 Véase, sobre ello, Jesús Fernández Entralgo, “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, *La prueba en el proceso penal II*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

2 “Regla excluyente”.

3 “Carecerían de valor”, “no tendrían ningún valor”.

4 “No encontraría ninguna clase de sanción a juicio de las cortes”, “no sería sancionable en términos jurídicos”.

el seno de la propia Corte Suprema a lo largo del tiempo: casos *Wolf vs. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) y *Elkins vs. United States*, 364 U.S. 206 (1960). Sea como sea, la propia jurisprudencia norteamericana ha restringido el ámbito de aplicación de la “exclusionary rule”⁵ y fijado excepciones a la misma, especialmente sobre la base de su finalidad “disuasoria” respecto de los funcionarios que obtuvieron ilícitamente las pruebas y sobre la base de la “buena fe” (*United States vs. Leon* y *Massachussets vs. Sheppard*), si bien ello ha dado lugar a discrepancias dentro de la propia Suprema Corte (véase, sobre todo ello, el excelente Manual de David M. O’Brien, *Constitutional Law and Politics*⁶, volumen 2: *Civil Rights and Civil Liberties*,⁷ en especial es de interés leer, el voto particular formulado por el *justice*⁸ de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América Brennan y suscrito por su colega Marshall en los casos *United States vs. Leon* y *Massachussets vs. Sheppard*, *dissenting opinión* en que se habla de estrangulamiento progresivo de la garantía por la mayoría del tribunal, se afirma que “it now appears that the Court’s victory over the Fourth Amendment is complete⁹”, se considera que la admisión de la prueba ilícita por un juez lo convierte en “a part of what is in fact a single governmental action¹⁰” prohibida por la IV Enmienda y se defiende, rotundamente, que en modo alguno puede sostenerse que los “costes” de la exclusión de la prueba ilícita —máxime si se limita, como debería hacerse, la ponderación a los supuestos de ilicitud debida sólo a un “objectively reasonable mistake”¹¹— puedan considerarse de más peso que los beneficios obtenidos ni tampoco es acertado limitar el efecto disuasorio de la *exclusionary rule* a los particulares agentes que obtuvieron la prueba ilícita, sino que con ella de lo que se trata es de promover un compromiso institucional con la IV Enmienda para que quede claro que “our society attaches serious consequences to violation of constitutional rights”¹² —*Stone vs. Powell*—, y ello como “overall educational effect”¹³ de la *exclusionary rule* frente a los agentes de la policía y frente a los propios jueces).

5 *Ibidem*, nota 1.

6 “Derecho constitucional y política”.

7 “Derechos y libertades civiles”, la expresión “civil rights” generalmente hace referencia a los derechos humanos. *Civil Rights and Civil Liberties*, Nueva York, W.W. Norton, 2003, pp. 965 y ss.

8 Cargo que se ocupa en la suprema corte equivalente al de magistrado o ministro.

9 Ahora parece claro que la victoria de la corte sobre la 4a. Enmienda está completada.

10 “Una parte de lo que de hecho es una acción gubernamental singular”.

11 “Error razonablemente objetivo”.

12 “Nuestra sociedad atribuye consecuencias muy serias a las violaciones de derechos constitucionales”.

13 “Un efecto educativo de cascada” o “Un efecto educativo de carácter general”.

Esta doctrina norteamericana ha influido notablemente con posterioridad en la jurisprudencia de otros países, si bien en cada caso ha tenido una evolución diversa, aunque siempre partiendo del principio general de que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser admitida (ya sea por fines disuasorios más o menos utilitaristas, ya sea por razones de justicia más profundas: “*nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*” o, como se dice en *Nix vs. Williams*, “the prosecution is not to be put in a better position than it would have been in if no illegality had transpired”).¹⁴ Pues bien, precisamente al estudio de esta “garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida” en nuestro sistema constitucional está dedicado el libro que aquí se comenta, escrito por un procesalista, el profesor Díaz Cabiale, y un constitucionalista, el profesor Martín Morales, lo que da al libro un adecuado enfoque bifronte, constitucional y procesal.

Es sabido que nuestro TC consagró en la STC 114/1984 la doctrina de que las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental no podían ser tomadas en consideración en ningún proceso, lo que luego dio lugar al artículo 11.1, LOPJ. Los autores se ocupan de estudiar toda la jurisprudencia constitucional que ha seguido a dicha sentencia, analizándola y diseccionándola críticamente y reconstruyéndola dogmáticamente.

Para ello, en primer lugar, precisan que la “prueba ilícitamente obtenida” está caracterizada por el hecho de que “la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra”, por lo que cuando no hay relación de causalidad entre la actividad probatoria y el menoscabo de un derecho fundamental no estaremos ante una prueba ilícitamente obtenida (por ejemplo, lectura en el juicio oral de informe pericial practicado sin contradicción y sin presencia tampoco de su autor en el juicio), sin perjuicio de que sí pueda proceder la nulidad procesal (STC 64/1986).

En segundo lugar, concretan que en la mayor parte de las ocasiones la ilicitud probatoria se produce en el procedimiento preliminar (durante la instrucción o incluso antes durante la actuación policial o del Ministerio Fiscal). En tercer lugar, estudian también el fundamento constitucional de esta garantía, que consideran que no se halla en cada derecho fundamental, sino en el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto en la presunción de inocencia y, por ello, puede beneficiarse de esta garantía también otra persona diversa de aquella a la que se le vulneraron sus

¹⁴ La fiscalía no debe ser puesta en una mejor posición de la que tendría si no hubiera transpirado alguna ilegalidad”.

derechos fundamentales para obtener la prueba en cuestión. No obstante, los autores se refieren también a la fundamentación complementaria que el TC ha dado sobre la base del derecho a un proceso con todas las garantías, que a su juicio entra en juego sólo fuera del proceso penal o cuando es la acusación la que impugna la prueba, pero sin que se dé la superposición con la presunción de inocencia que el TC parece sostener a partir de la STC 81/1998. Someten, por ello, la jurisprudencia constitucional en este punto a un detallado examen crítico. Y en cuarto lugar, se refieren también a qué derechos o normas son aquellas cuya infracción o vulneración acarrea la consecuencia de la ilicitud de la prueba obtenida a su través: sólo derechos de la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, o también los de la sección segunda (u otras normas constitucionales), o, simplemente, cualquier norma legal ordinaria.¹⁵

Otros aspectos que abordan se refieren a la conocida como “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”)¹⁶ o del *efecto reflejo* (admisibilidad de una prueba lícita derivada de otra ilícita) y su importante matización, en la línea de la jurisprudencia norteamericana, a partir de la artificiosa construcción de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad” en la STC 81/1998, por virtud de la cual se degrada la prohibición de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a una “regla general” que admite excepciones al no haber derechos fundamentales absolutos y ello porque...

...en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia.

Como señalan los autores con toda razón, “esto quiere decir que, para el TC, el que ciertas pruebas provengan realmente de la lesión de un derecho fundamental no va a ser determinante, ya que excepcional-

¹⁵ Sobre ello, véase también el interesante trabajo de Clara Eugenia Bayarri García, “La prueba ilícita y sus efectos”, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993, pp. 421 y ss.

¹⁶ “Fruto de la doctrina del árbol envenenado”.

mente podrán ser utilizadas si alcanzan un curiosísimo estándar de independencia jurídica”. Y es que a partir de esa STC 81/1998 se ha producido un verdadero giro jurisprudencial, pero no se ha hecho de forma expresa y explícita, como hubiera debido hacerse, sino que se ha tratado de encubrir ese giro de timón con la referencia a otras sentencias en que no se había producido todavía tal cambio de criterio; y llevaba razón, por otra parte, el presidente Cruz Villalón en su voto particular a dicha STC 81/1998 cuando subrayó: “debe recordarse que a partir de aquí hemos abandonado el terreno del artículo 10.2, CE... El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos, es decir, el del simple derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo, subsiguientemente muy matizadas” (teorías de la fuente independiente, o del descubrimiento inevitable y de la fuente hipotéticamente independiente, etcétera).

Los autores se ocupan también de buscar el fundamento constitucional a la restricción operada por dicha sentencia en la garantía constitucional de la prueba ilícitamente obtenida, para lo que someten a la sentencia a una rigurosa y exhaustiva crítica también desde este punto de vista.

También analizan en detalle, a continuación, la teoría de la conexión de antijuridicidad en la prueba refleja, concluyendo que, a la vista de los inexactos parámetros de que parte dicha teoría, no puede precisarse cuál será su alcance pues lo único seguro es que alcanzará a los llamados descubrimientos inevitables, excluyendo respecto de ellos la prohibición probatoria, pero sin que pueda precisarse mucho más, aunque consideran que el TC ya ha ido más allá de los descubrimientos inevitables *de facto* en la STC 171/1999 y que “sólo es cuestión de tiempo” que la excepción de la buena fe, utilizada por la jurisprudencia norteamericana, sea asumida por nuestro TC, aludiendo además al riesgo de que, de no acotarse estrictamente las excepciones a la prohibición de admisión de la prueba ilícita, España se convierta en “un país pionero en provocar un vuelco jurisprudencial desde la exclusión absoluta de la prueba refleja a su admisión sin trabas”.

Los autores se refieren también, por último, a ciertas “categorías especiales” de pruebas ilícitas:

a) las pruebas obtenidas en el marco de las aplicaciones del principio de unidad de acto; b) las pruebas obtenidas *a la vez* que se conculca alguna de las garantías procesales del artículo 24, CE; c) pruebas obtenidas sin lesionar un derecho fundamental, aunque en su llevanza a juicio oral se lesiona otro derecho fundamental o el mismo que fue restringido; d) pruebas obtenidas a raíz de la proyección inevitable de la resolu-

ción judicial; e) pruebas obtenidas sin existir lesión perseguible de derecho fundamental: los descubrimientos casuales; f) pruebas ilícitas cuya inadmisión conduce a situaciones aberrantes: el problema de la admisibilidad de la prueba ilícita que favorece al acusado; g) pruebas obtenidas con quebranto constitucional no lesivo de derecho fundamental; h) pruebas obtenidas mediante infracción de legalidad ordinaria en supuestos en que la norma legal confluye con la norma constitucional en la regulación de un mismo ámbito temático.

Cada uno de estos supuestos, y en especial el de los “descubrimientos casuales”, plantea una problemática específica, que los autores abordan de manera exhaustiva y a la que aquí no puede siquiera hacerse referencia somera.

En conclusión, puede decirse que la obra, que se completa con un listado bibliográfico, aborda una cuestión necesitada de un tratamiento con rigor y profundidad y lo hace con un indudable enfoque crítico, pero también con un afán dogmático de aportar soluciones atinadas en términos jurídicos a los problemas que la admisión de ciertas excepciones al principio de interdicción de valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales plantea, o al menos de provocar la discusión y el debate en la doctrina, lo que lleva a los autores a censurar la más reciente jurisprudencia constitucional en este campo y someter también a crítica rigurosa a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este ámbito en una opinión que resulta bastante fundada, en términos generales, desde nuestro punto de vista. La obra será, pues, de referencia indispensable tanto para quienes estén interesados teóricamente por estas cuestiones como también para quienes, en el foro —ya sea como juzgadores, como defensores o como acusadores o, también, fuera ya del proceso penal, como demandantes o como demandados— se encuentren con una prueba supuestamente obtenida con vulneración de algún derecho fundamental y pretendan determinar si encaja efectivamente en el concepto de “prueba ilícita” o, caso afirmativo, cuáles son las consecuencias de ello, especialmente a la vista de la doctrina constitucional de la conexión de antijuridicidad, de las diversas categorías especiales (sobre todo, los controvertidos “descubrimientos casuísticos”) y del rico casuismo imaginable (y verificado en la realidad), así como de las muy distintas (y no menos casuísticas) soluciones que el derecho comparado y la jurisprudencia del TEDH nos ofrece. Quienes conocemos tanto la labor teórica como la labor aplicativa del derecho sabemos que ésta es una de las cuestiones más arduas (un verdadero dilema) que, en ocasiones, se pueden plantear, en uno u otro plano (aunque especialmente en la dimensión aplicativa cuando se trata de

GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA INADMISIÓN

delitos especialmente graves), respecto de los derechos del artículo 24, CE. Para resolverlas, y quien aplica el derecho necesariamente ha de hacerlo, siempre será útil tener como apoyo a la obra que aquí se recomienda y el riguroso y minucioso examen que en ella se lleva a cabo de esta garantía constitucional.

Joaquín BRAGE CAMAZANO*

* Doctor Europeo en Derecho (UCM) del Departamento de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid.