



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

González García, Jesús María
EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA PRUEBA ILÍCITA
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XVIII, núm. 2, diciembre, 2005, pp. 187-211
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173713783009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org





redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revista de derecho (Valdivia)

ISSN 0718-0950 *versión on-line*

-  Como citar este artículo
-  Agregar a favoritos
-  Enviar a e-mail
-  Imprimir HTML

Rev. derecho (Valdivia) v.18 n.2 Valdivia dic. 2005

Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 187-211

INVESTIGACIONES

EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA PRUEBA ILÍCITA

Spanish criminal procedure and the illegal evidence

Jesús María González García *

* Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Domicilio: Calle Velayos N° 8, 4° B, 28035 Madrid, España. Correo Electrónico: jesus.gonzalez@cgpj.es

Resumen

En el presente estudio se analiza si cabe hablar de un régimen legal de la prueba ilícita en el Derecho español, con exposición de sus antecedentes legislativos, de su fundamento legal y de las particularidades de su regulación. Asimismo, se expone cuál ha sido la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional de España en materia de eficacia de la prueba ilícitamente obtenida, desde su creación, en los primeros años ochenta, hasta el presente.

PROCESO PENAL - PRUEBA ILÍCITA - GARANTÍAS DEL PROCESO

Abstract

particulars of its regulation. Also, the paper explains the development of Spanish Constitutional Court's doctrine on the subject of the illegally obtained evidence, from its beginnings in the early eighties to our days.

CRIMINAL PROCEDURE - ILLEGAL EVIDENCE - SAFEGUARDS OF THE PROCEDURE

1. Objetivos de la presente investigación¹

1. Uno de los problemas más visibles del proceso penal español en los últimos años ha sido el de la acomodación de las viejas leyes procesales al nuevo U régimen de principios y garantías establecidos en la Constitución de 1978. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante, LECrim) data de 1882 y, aunque en su momento supuso un sustancial cambio de perspectiva en el enjuiciamiento penal con respecto a los modelos tradicionales de justicia en España, no ha permanecido impermeable al paso del tiempo en sus más de ciento veinte años de vigencia.

La conciliación de la Constitución española y la LECrim se ha hecho especialmente necesaria en materia probatoria, un campo esencial, toda vez que, en pocos ámbitos como el penal, se hace tan evidente la necesidad de establecer garantías ciudadanas contra las facultades de investigación atribuidas a los poderes públicos. Aunque la LECrim establecía originalmente una extensa -y, en algunos puntos, minuciosa- regulación de la actividad de prueba, tanto en la fase preliminar como en la de juicio oral, sus postulados quedaban al cabo del tiempo desfasados en ciertos campos, tanto por desconocer los modernos medios e instrumentos técnicos auxiliares de la investigación penal, que han sobrevenido a lo largo de su vigencia, como por su falta de puesta al día a las más modernas líneas doctrinales sobre garantías en materia probatoria y, en concreto, en lo que se refiere a las garantías de licitud de la prueba. La cuestión es, en este punto, establecer si se puede hablar hoy, en el proceso penal español, de un sistema legal de prueba ilícita, y determinar, en su caso, sus perfiles definitorios, sus condicionantes y, por qué no, en su caso, sus deficiencias. A ello se dedican las páginas que siguen.

2. Prueba penal y garantía: planteamiento general

2. En pocos campos se materializa con tanta nitidez la naturaleza garantista del proceso jurisdiccional como en materia probatoria. El objetivo último, la Justicia, no es, en términos generales, un fin incondicionado ni exento de limitaciones y, por ello, cabe establecer (y, de hecho, existen) fronteras a su ejercicio, siempre sobre la base de la protección de intereses dignos de tutela jurídica de igual entidad a los que atañe la actuación de jueces y magistrados. El proceso, y muy singularmente el proceso penal, no es, por ende, territorio abonado a favor del todo vale, en pos del cumplimiento de los objetivos atribuidos a la jurisdicción. Como en este mismo sentido señaló Couture, configurado como garantía individual, "el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores".²

La probatoria, que es una actividad genuinamente procesal, participa -como decimos- de esa misma naturaleza; con un énfasis especial en el proceso penal, que se concibe como medio único para la realización del Derecho penal sustantivo, y en la que la averiguación del hecho sucedido se inserta dentro del interés público predominante en la persecución jurídica del delito como medio de la consecución de la política criminal del Estado. La prueba, en un sentido lato -esto es, englobando en ella no solo los actos probatorios realizados dentro del juicio, una vez formuladas las pretensiones punitivas y defensivas de las partes, sino también todas las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción preliminar (que en el Derecho español se denomina, según el tipo de procedimiento, fase de sumario, de diligencias previas o, genéricamente, de instrucción) y, en términos generales, todos los actos destinados a ser fuente de la prueba-, es materia esencial dentro del proceso penal, toda vez que solo a su través es posible llevar a efecto la reacción del Estado contra el hecho

través de la debida actividad probatoria de cargo, su presunción de inocencia.

Sin embargo, y como se indica, ese interés público propio del ius puniendi estatal se constriñe por el deber de respeto a los demás intereses públicos presentes en el proceso: no es sino expresión de la denominada garantía jurisdiccional (y procesal) en la imposición de penas. Si el proceso judicial se concibe como garantía es por el riesgo de extralimitación del Estado en el ejercicio de sus atribuciones como titular único del derecho/deber de perseguir el delito. Una extralimitación que, a lo largo de la Historia, ha sido especialmente patente en materia probatoria.

Por ese motivo el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aun reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, "la verdad no puede indagarse a cualquier precio".⁴ La Historia del proceso penal ha sido la de la evolución hacia formas más civilizadas de tutela jurídica y, precisamente, las formas menos evolucionadas y menos garantistas de justicia penal suelen identificarse con períodos de imperio de medios probatorios que hoy entendemos como vejatorios o atentatorios contra los derechos más íntimos del individuo.

3. En la instauración de modelos civilizados de justicia penal dentro del ordenamiento jurídico español ha desempeñado un papel estelar la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (nuestro código procesal penal desde hace ya más de cien años), norma ejemplar en su tiempo, dentro y fuera de España, y que en muchos de sus pasajes y preceptos puede considerarse hoy aún como un texto avanzado,⁵ a pesar de haber precisado numerosos ajustes legislativos a lo largo de su vida, y que, según afirma el Gobierno español, será objeto de sustitución a lo largo de la presente Legislatura.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue culminación del largo período de recepción en el Derecho español de muchas de las garantías procesales adoptadas tras el paso del Antiguo Régimen al Estado moderno, que determinó en la Europa continental la Revolución Francesa de 1789. Sin embargo, ni siquiera su Exposición de Motivos -auténtico monumento de la literatura jurídica española, que reconoció de forma general la necesidad de establecer un sistema superador de los modelos inquisitivos de enjuiciamiento que introdujera el respeto a los derechos del inculpado y la necesidad de corregir los vicios tradicionales del enjuiciamiento español, "para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado"- llega a concretar entre los propósitos del legislador en materia de prueba otra cosa que la necesidad de dar primacía a la practicada en el juicio por encima de la obtenida en la investigación preliminar o la necesidad de dar participación al imputado en las diligencias del proceso a partir del momento en que su intervención no comprometa la averiguación del hecho; nada se dice, empero, de la necesidad de asegurar la licitud de la fuente de la prueba, esto es, del conjunto de actuaciones de la autoridad o de los particulares dirigidas a obtener los medios de prueba.

En realidad, el silencio del legislador no debe calificarse peyorativamente dentro del contexto histórico en que la ley fue promulgada, pues toda la teoría sobre la ilicitud de la prueba se debe al Derecho norteamericano, a partir de finales del siglo XIX y a la aparición de la exclusionary rule por aplicación de la cuarta y la quinta enmiendas de la Constitución estadounidense. El debate sobre los límites a la obtención de pruebas en el proceso penal es muy posterior a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, siendo así, no era esperable que ésta dedicase en su redacción original atención alguna al fenómeno de los medios de prueba ilícitamente obtenidos, por lo que la incorporación del sistema de prueba ilícita al Derecho español se haría a finales del siglo XX, en los términos que a continuación se exponen,⁶ aunque ab origine algunos preceptos de sus preceptos sí proscriben ciertos comportamientos en sede probatoria, si bien en casos muy concretos (vid. los artículos 389 y 439 de la LECrim, relativos a la práctica del interrogatorio utilizando coacciones o amenazas).

A) El artículo 11.1 de la LOPJ: las primeras propuestas de regulación de la prueba ilícita en España

4. La primera norma (y prácticamente la única) referente a la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español es la que se contiene en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, de 1 de julio de 1985 (en adelante, LOPJ), una disposición de gran trascendencia para la regulación de los aspectos organizativos de la Administración de Justicia en España, prevista en el apartado 1 del artículo 122 constitucional, y que sustituyó a otra centenaria dentro del Derecho español, como era la vieja Ley Provisional del Poder Judicial de 1870. El tenor de la norma es el que sigue: "En todo tipo de procesos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales".

Con independencia de otras consideraciones, la simple incorporación de este precepto al ordenamiento jurídico español debe ser valorada positivamente: al margen de los juicios favorables o desfavorables que pueda merecer su redacción definitiva, el artículo 11.1 de la LOPJ implica la adopción de un criterio legal para decidir qué hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos, y reduce la incidencia de la decisión del juez sobre la licitud de los medios de prueba a los términos marcados por el legislador. No justificamos la bondad del precepto por su carácter delimitador de los poderes de interpretación del juez, sino por el hecho de que la claridad de la norma (acertada ésta o no, en términos de oportunidad o de conveniencia) evita convertir al juez en legislador y fomenta la seguridad jurídica, esto es, la aplicación uniforme de la ley a todos los ciudadanos. No se niega la posibilidad de la crítica al precepto, sino que se aprecia el hecho de contar con un precepto que criticar en relación con los límites a la obtención de pruebas en el proceso. La cuestión no es baladí, si se tiene en cuenta que hasta la propia LOPJ el Derecho procesal español carecía de un régimen general sobre la nulidad de los actos procesales,⁷ lo que determinaba hasta entonces la aplicación, bien de las normas que, específicamente y con respecto a actuaciones determinadas del proceso, establecieran la nulidad como el efecto derivado del acto defectuoso, bien subsidiariamente -y por vía de interpretación- el régimen sobre nulidad del Derecho común.⁸

El precepto mejora sin duda la situación legal anterior a él, toda vez que, como se ha expresado, establece un criterio normativo cierto. A pesar de ser excesivamente general (algo posiblemente inevitable en una norma aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales), de no agotar todos los perfiles del régimen jurídico correspondiente a los medios de prueba ilícitamente obtenidos y de ser ciertamente tributario de la fórmula general del artículo 6.3 del Código civil español.⁹ En la esfera estrictamente penal, el silencio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal provocaba un tratamiento desigual de la cuestión por los órganos jurisdiccionales, que en no pocas ocasiones forzaban el tenor del artículo 659, pár. I de la Ley para inadmitir la prueba ilícitamente obtenida, aun sin el debido soporte legal para ello.¹⁰

5. El artículo 11.1 de la LOPJ carece de precedentes en el Derecho constitucional o infraconstitucional español. Es de apreciar una propuesta de regulación de la prueba ilícita en un Anteproyecto de Reforma de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debido a los profesores españoles de Derecho procesal, titulado Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil,¹¹ Cuyo artículo 549, pár. 1, decía lo siguiente: "El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleado procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona". El texto, cuya paternidad ha sido recientemente reconocida,¹² y que sirvió años después de base a la enmienda que permitió introducir en sede parlamentaria la cuestión de los medios de prueba obtenidos por medios ilícitos en el articulado de la LOPJ, fue una singularísima novedad carente de precedentes en el Derecho español y, en ciertos aspectos, mejoraba la que once años después se promulgó en la LOPJ, toda vez que especificaba con mayor claridad que el artículo 11.1 de la LOPJ el tratamiento procesal adecuado para los medios de prueba obtenidos de forma ilícita ("el tribunal no admitirá los medios de prueba") y establecía también un requisito subjetivo (que se hubieran obtenido "por la parte que los proponga o

Con todo, la propuesta, que finalmente no vería la luz, tenía el inconveniente de estar referida tan sólo al ámbito procesal civil, si bien no se puede negar que la condición de la Ley de Enjuiciamiento Civil como norma procesal general y subsidiaria- mente aplicable al resto de los órdenes jurisdiccionales en caso de defecto de regulación implicaba un ámbito de eficacia superior el estrictamente procesal civil. En otros aspectos, como veremos, la dicción final del artículo 11.1 de la LOPJ introduce importantes modificaciones con respecto a la contenida en la Corrección y Actualización.

B) *Fundamento constitucional del artículo 11.1 de la LOPJ*

6. El hecho de contenerse el precepto en cuestión en una norma de desarrollo de la Constitución española de 1978 puede hacer pensar que la regulación en el Derecho español de la prueba ilícita encuentra su fundamento expreso en el propio texto constitucional, pero en realidad no es así, o no lo es -al menos- de forma directa, puesto que la Carta Magna española no reconoce una expresa interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, como sí hacen, por cierto, algunas Constituciones americanas,¹³ ni, desde otro punto de vista, un derecho general a la prueba lícita o legal. Es esta, además, una circunstancia coincidente entre la vigente Constitución española y todas las Constituciones históricas españolas, en ninguna de las cuales se advierte un equivalente a las anteriores hipótesis legislativas. Solo existen referencias concretas a la prohibición del tormento (artículos 133 del Estatuto de Bayona, de 1808, 303 de la Constitución de 1812), del allanamiento del domicilio, salvo en los casos previstos en la ley (artículos 306 de la Constitución de Cádiz, 7 de la Constitución de 1837 y de la de 1845, 8 de la Constitución non nata de 1856, 5 de la Constitución de 1869, 6 de la Constitución de 1876 y 31 de la Constitución de 1931) o a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones (artículo 7 de la Constitución de 1869 y 32 de la de 1931), pero se trata de disposiciones particulares y no de generales proclamaciones sobre un hipotético derecho (constitucional) a obtener la prueba por medios lícitos.

Lo máximo que expresamente se reconoce en materia de prueba es el derecho fundamental a practicar los medios de prueba "pertinentes" (artículo 24.2 de la Constitución de 1978), pero no una genérica interdicción de la prueba ilícita, aunque sí específicas prohibiciones de actuaciones contrarias a los derechos fundamentales normalmente accesorias al proceso penal (entrada y registro en el domicilio sin autorización del propietario o del juez, salvo en caso de delito flagrante -artículo 18.2-, la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas -artículo 18.3- sin autorización judicial).

El entronque de la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida con el derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 constitucional) se nos antoja ciertamente forzado, habida cuenta de que implica una interpretación alambicada de un concepto asentado en la dogmática jurídico-procesal como es el de pertinencia de la prueba. En sentido etimológico, lo pertinente es lo que "pertenece" a algo; y, en el estricto ámbito procesal, el adjetivo se aplica a aquellos medios probatorios que son hábiles para la acreditación de los hechos controvertidos por tener relación con o por tener como objeto los hechos mismos sobre los que versa el proceso:¹⁴ según esto, la licitud o ilicitud de la fuente de prueba nada tienen que ver con la relación material de dicha prueba con los hechos que se discuten y que son objeto de la prueba; en otras palabras, ni la licitud de la fuente predetermina la pertinencia de la prueba ni la ilicitud desvinculan al medio probatorio de los hechos fundamentales del proceso (esto es, lo hace impertinente).

No obstante, en ocasiones la doctrina del Tribunal Constitucional español se ha valido de la interpretación extensiva que se acaba de criticar para determinar el entronque entre la prohibición del medio de prueba y el sistema de derechos y garantías fundamentales que se integra en la Carta Magna:¹⁵ sin negar la autoridad del Alto Tribunal, el argumento nos parece poco convincente por las razones aducidas y, además, innecesario si aceptamos que el fundamento constitucional de las restricciones a la obtención de elementos de prueba, como a continuación se verá, puede residenciarse en otros pasajes de la Constitución.

7. Tampoco parece ser el fundamento de la exigencia de la prueba obtenida por medios

inocencia no es sino una garantía del acusado de acuerdo con la cual solo podrá ser condenado en virtud de la práctica en el proceso de una actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuarla y, que le exime, además, de la carga de demostrar su inocencia. Es evidente que la suficiencia de la prueba -a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia-requiere que su obtención se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo, como luego se verá, no podrá surtir efectos dentro del proceso. Ahora bien, ello no debe conducir a entender que el fundamento de las restricciones a los medios de obtención de pruebas sea precisamente el derecho a la presunción de inocencia. En este sentido ha entendido el Tribunal Constitucional español -a nuestro juicio, con acierto- que la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.¹⁷

En resumidas cuentas, el enlace entre el deber de practicar la prueba por medios lícitos y la Constitución española debe hacerse, en términos generales, con el derecho al proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución)¹⁸ y también con el derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales (artículo 24.1 constitucional). Del mismo modo lo ha entendido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso Schenk contra Suiza, sentencia de 12 de julio de 1988, que considera la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas como contrarias a la idea de proceso justo: curiosamente, la interpretación dada al Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco reconoce que la interdicción de la prueba ilícita se produzca al amparo de su artículo 6.2, de acuerdo con el cual toda persona acusada de una infracción penal se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada,¹⁹ sino al del derecho al proceso equitativo. Por consiguiente, más que, ante un derecho fundamental, nos encontraríamos ante una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales; una garantía de la tutela efectiva que puede llegar a ser derecho fundamental.²⁰

C) Especial consideración de la sentencia 114/84, del Tribunal Constitucional

8. Con independencia del entronque constitucional del artículo 11.1 de la LOPJ con el derecho al proceso con todas las garantías, a que nos hemos referido, o de su inspiración original en el artículo 540, pár. 1 de la Propuesta, de los profesores de Derecho procesal, no son pocos los autores que vinculan el precepto analizado con la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, antes referida. Esta sentencia es la primera dictada por el Tribunal Constitucional sobre el asunto, aunque con anterioridad se pueda identificar un par de Autos de inadmisión del recurso de amparo, dictados por el Alto Tribunal.²¹

La sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por un trabajador contra dos sentencias dictadas ante la jurisdicción laboral, por entender que las mismas habían declarado procedente su despido en virtud de los hechos conocidos de dos conversaciones grabadas con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que en el derecho español garantiza el artículo 18.3 constitucional, hecho que constituía también, a juicio del recurrente, una violación del derecho al proceso con todas las garantías. El Tribunal Constitucional español desestimó finalmente el amparo en el caso, pero ello no le impidió, obiter dicta, sentar las bases de la doctrina constitucional en la materia, con anterioridad a su desarrollo legal ordinario. Los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia (parcialmente transcritos con anterioridad) constituyen un interesante resumen desde el punto de vista del derecho comparado y del derecho interno de la teoría general sobre la licitud de la prueba, desde el punto de vista constitucional.

La sentencia 114/1984, partiendo de la inexistencia en aquel momento histórico de norma expresa sobre prohibición de la prueba ilícitamente obtenida, propuso como criterio general el de la ponderación entre los intereses procesales en juego, para llegar a la conclusión de que la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su afirmada condición de "inviolables" (artículo 10.1 de la Constitución) determina la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental, aunque la garantía pueda ceder cuando su base sea estrictamente

la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

En efecto, nos encontramos ante un problema de conflicto entre derechos de igual calidad: el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución) y, enfrente del mismo, los demás derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Carta Magna (secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas, prohibición de la tortura y de los tratos degradantes): siendo la prueba un derecho fundamental, su ejercicio solo puede ser limitado por el deber de respeto que merecen otros derechos de igual calidad, aunque es posible considerar conformes a la Constitución aquellas pruebas obtenidas con infracción de normas de rango inferior al derecho fundamental a la prueba.

Este argumento sí parece haber influido en la redacción del artículo 11.1 de la LOPJ, que limita la ineficacia de las pruebas a las obtenidas "violentando derechos fundamentales", en una fórmula menos restrictiva al ejercicio del derecho a la prueba que la contenida, por ejemplo, en la Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refería a los medios reprobables, según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona, o "contrarios a la ética o al Derecho", conforme la enmienda original que introdujo la materia en el texto del proyecto de LOPJ.

9. Aun aceptando la incidencia de la sentencia 114/1984 en la definitiva redacción del artículo 11.1 de la LOPJ, muy recientemente se han elevado voces que han puesto de manifiesto la debilidad de algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional español en esa sentencia. Nos referimos a la interesantísima reflexión de Andrés de la Oliva, en una nueva lectura de la sentencia.²² Las críticas de este autor español se dirigen, en esencia, a combatir ciertas afirmaciones típicas de su fundamento jurídico cuarto antes reproducidas; a los efectos que ahora nos interesan, las siguientes: en primer lugar, que la prohibición de la prueba ilícita derive de la posición de preeminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento y, segundo, de su condición de inviolables. En cuanto a lo segundo, rechaza por axiomática e incierta la conclusión de que los derechos fundamentales sean inviolables, cuando los repertorios de jurisprudencia constitucional nos demuestran precisamente lo contrario, al menos si nos ceñimos a las estadísticas de recursos de amparo estimados en España, precisamente por violación de derechos fundamentales: la inviolabilidad se emplea, según sostiene este autor con acierto, en un sentido carente de valor técnico-jurídico. Además, en el caso de aceptarse el argumento del Tribunal Constitucional, no se debería soslayar que el interés público por la persecución del delito puede incardinarse dentro de los términos del derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución española, también con carácter fundamental, por lo que también cabría defender la "inviolabilidad" de este derecho (o su supremacía) frente a los otros derechos fundamentales con los que se enfrentara, y no a la inversa.

Dicho en otras palabras, del mismo modo que cabe establecer límites a la tutela judicial sobre la base del respeto a, por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, cabe sostenerse lo contrario, esto es, restricciones al derecho al secreto a las comunicaciones en aras de las exigencias del derecho fundamental a la tutela efectiva de los tribunales: no solo es así, sino que la Constitución española contiene expresas restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones por orden judicial, se entiende que dentro de los fines específicos de un proceso penal.

En resumidas cuentas, el establecimiento del límite a la prueba no es tanto el resultado de la primacía material de los demás derechos fundamentales sobre el derecho a la tutela judicial (o al derecho a los medios de prueba pertinentes), cuanto una cuestión de opción legislativa de política criminal, que pretende disuadir de la realización de determinadas prácticas ilícitas atentatorias contra derechos fundamentales. Esta última observación sirve a De la Oliva para desvirtuar el primero de los argumentos discutidos de la sentencia, es decir, la posición de preeminencia de los derechos fundamentales como justificación de la ilicitud de la prueba. A juicio de este autor, la solución legal es, en definitiva, una mera cuestión de opción del

Aun tratándose de una posición no mayoritaria²³ que, sin duda, ha abierto de nuevo el debate doctrinal más que cerrarlo definitivamente, no se puede ignorar que la propia sentencia 114/84 señalaba la disparidad de soluciones existentes en el derecho comparado a propósito de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y que otra importante sentencia del Tribunal Constitucional español en la materia, la número 81/1998, recuerda que en la ponderación sobre los intereses en juego se debe confrontar el derecho sustantivo violado con sus límites constitucionales, partiendo del hecho de que cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como "fundamento del orden político y de la paz social". Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés, constitucionalmente legítimo, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el artículo 124.1 CE al Ministerio Público (SSTC 37/1989 y 207/1996).

10. Al margen de esta postura, cabe resumir que la doctrina emanada de la sentencia 114/84 del Tribunal Constitucional, acertadamente o no, no concibe la interdicción de la prueba obtenida por medios ilícitos como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía más de la primacía de los derechos fundamentales, al estilo del *due process of law* norteamericano y de los límites que en la IV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, con respecto a la inviolabilidad del domicilio.²⁴ En otras palabras, el sistema constitucional español, en lugar de establecer un derecho a la prueba practicada no se obtenga por medios ilícitos, impone el deber de obtener los medios de prueba por medios lícitos, como garantía de no vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con la adquisición de la prueba. Evidentemente, con esta interpretación optó el tribunal por una solución prudencial que permite en cada caso ponderar si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe primar el interés público en castigar el delito o la garantía, en especial, cuando se trata de la eficacia refleja de los medios de prueba ilícitamente obtenidos,²⁵ y apreciando la adecuación de la medida a sus fines (idoneidad), la necesidad (en virtud de las exigencias del principio de intervención mínima) y los concretos intereses presentes en el caso.

El Tribunal Constitucional español optó, en la sentencia 114/1984, por la ponderación, algo que nos conduce indiscutiblemente al ámbito del principio de proporcionalidad (el alemán *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, apoyado en los artículos 2 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn, y reconocido en el inciso final del parágrafo 112.1 de la *Strafprozessordnung*, en relación con la prisión provisional).²⁶ La incidencia del principio de proporcionalidad en la admisión de medios de prueba se aprecia en el artículo 299.2 del *Codice di procedura civile* italiano, en sede de medidas cautelares personales, y también en el artículo 189 de *Codice*, en sede de los medios de prueba no tipificados en la ley, y en cuya virtud la falta de regulación expresa del medio de prueba no es óbice para su admisión, siempre que resulte idónea para asegurar la acreditación de los hechos y no perjudique la libertad moral de las personas. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha exigido el respeto al principio de proporcionalidad, a la hora de apreciar la licitud de la práctica de determinadas diligencias de investigación restrictiva de derechos fundamentales, en el sentido de que la misma sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos.²⁷

Este margen de prudencia derivado de la falta de reconocimiento expreso de un derecho a la prueba conjura el riesgo de petrificación de los límites legales a los medios de obtención de elementos probatorios; pero, a la vez, entraña otros riesgos: como se ha manifestado, principalmente el de que, en función de las necesidades de la política criminal de un Estado, la interpretación jurisprudencial de la garantía conduzca a un incremento de los casos excepcionales a la regla de ilicitud²⁸ y se desvirtúen las fronteras de la garantía (y, con ello, los límites razonables de ciertos derechos fundamentales).

4. Régimen legal de la prueba ilícita en España: el artículo 11.1 de la

obtenida en el derecho español

11. Tal y como se ha transcrito con anterioridad, la dicción del art. 11.1 de la LOPJ, inciso final, se limita a decir que no surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales.

Como se ha señalado,²⁹ el texto definitivo del artículo 11.1 de la LOPJ no coincide con su equivalente en el proyecto de LOPJ registrado en el parlamento español. En la versión del proyecto, la norma se limitaba a exigir el respeto a la buena fe procesal en todo tipo de procedimientos. La incorporación del inciso referente a la ineficacia de las pruebas obtenidas en forma ilícita al debate parlamentario se produjo en virtud de una enmienda presentada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, con el siguiente tenor: "No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho".³⁰ El texto propuesto sería aprobado por el pleno de la Cámara, si bien una enmienda posterior del entonces grupo mayoritario (el Grupo Socialista) propuso una redacción alternativa que sería la definitivamente incorporada al texto publicado en el Boletín Oficial del Estado. No se pueden ocultar las semejanzas entre la primera enmienda parlamentaria con el texto supra transcrito del artículo 549 del Anteproyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elaborado por los profesores españoles de Derecho procesal y publicado en 1974. Sin embargo, terminaría por imponerse la versión de la enmienda socialista.

Es evidente que nos encontramos ante una norma de carácter prohibitivo. Interesa, en consecuencia, a la hora de desarrollar su contenido, abordar separadamente, en primer lugar, lo referente a la conducta prohibida y, en segundo término, lo que concierne a las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta en cuestión.

A) Conducta prohibida: obtener medios de prueba violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales

12. La conducta prohibida en el artículo 11.1, inciso final de la LOPJ es, como se ha señalado, la obtención de pruebas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales. El supuesto de hecho de la norma es ciertamente restrictivo; indiscutiblemente más que el propuesto en el artículo 549.1 de la Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el de la enmienda 952 del Grupo popular durante el trámite parlamentario de la LOPJ, antes referidos. En la Corrección y actualización, se prohibía la prueba obtenida por medios contrarios a la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona, redacción que se justificó en la comprensión de que esa fórmula amplia debía ser completada y modulada por el buen criterio de los tribunales en el caso concreto.³¹ La enmienda 952, por su parte, es referida a la obtención de la prueba de modo "contrario a la ética o al Derecho", con una redacción inspirada en la de la Corrección y Actualización, si bien puesta al día y perfeccionada, que opta por la fórmula general ante la dificultad de redactar un elenco de medios de prueba ilícitos.

La norma finalmente aprobada restringe los supuestos de ilicitud a la vulneración de derechos fundamentales, términos que son más específicos toda vez que, a los efectos de la regla legal, la ilicitud no viene determinada por la infracción de cualquier norma jurídica, sino solo aquella que se contenga en el elenco de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos (artículos 14 a 29 de la Constitución de 1978). La ratio de esa restricción parece estar en que, por virtud del equilibrio en la ponderación de derechos, siendo la prueba una actividad inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva, y reconociéndose en la Constitución de manera expresa el derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes, la prueba sólo puede sufrir restricciones por infracción de derechos de idéntica calidad, esto es, de derechos fundamentales. En este sentido, conforme al precepto -que no puede ocultar la influencia en él de la doctrina de la antes referida sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional- las fuentes de prueba obtenidas con violación de otros derechos, sin la relevancia constitucional de derecho fundamental, no pueden ser privadas de eficacia probatoria.³² Se da la circunstancia paradójica, conforme a esta limitación, que sería válida la prueba obtenida violentando el derecho a la propiedad, no

13. Es preciso constatar que, conforme al tenor del precepto, hay que diferenciar en el artículo 11.1 de la LOPJ la prueba "ilícita" de la prueba "ilegal". Dentro de la primera tendría cabida la prueba viciada ab origine, por serlo también la fuente de la prueba; la prueba ilegal es aquella practicada con violación de las normas procesales que la regulan. Dicho en otras palabras, la ilicitud de la prueba depende de un hecho anterior al proceso o, aun coetáneo a éste, realizado fuera del proceso mismo o en un momento diferenciado de la fase de prueba; la ilegalidad se corresponde con la infracción de las normas procesales que regulan la proposición práctica o valoración de la prueba en cuestión. Sentada esta premisa, el artículo 11.1 de la LOPJ se refiere al primero de los casos; por lo que corresponde al segundo, habrá que estarse a las regulaciones procesales particulares y a la entidad de la infracción de que se trate.³³ De acuerdo con este régimen, una prueba puede ser ilícita (por serlo su fuente de obtención) aun siendo legal, por haberse llevado al proceso y práctica con escrupuloso respeto a las normas procesales. Del mismo modo, una prueba con fuente lícita puede ser tachada de ilegal por infracción de las normas procesales sobre su práctica y valoración. El Tribunal Constitucional español, en su sentencia N° 64/1986, de 21 de mayo, declaró que la garantía se refiere tan sólo a la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba, no en la que se produce durante su práctica o valoración.

Con esa delimitación parece claro que los supuestos de obtención de pruebas en forma ilícita en el proceso penal, con relevancia jurídica desde el punto de vista del artículo 11.1 de la LOPJ, son los que se refieren a las diligencias de investigación que implican intromisión en derechos fundamentales, que son: la entrada y registro en domicilio privado, regulada en los artículos 545 a 578 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en desarrollo del artículo 18.2 de la Constitución de 1978,³⁴ la observación o intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas (artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 18.3 de la Constitución)³⁵ y, en general, todas aquellas que infrinjan la integridad física o psíquica del sujeto de la prueba (coacciones o amenazas graves durante interrogatorios, intervenciones corporales)³⁶ que protege el artículo 15 de la Constitución española. Diligencias que, en algunos casos, están muy deficientemente reguladas en la ley (es el caso, v.gr., de la intervención de las comunicaciones telefónicas, a las que se dedica escasamente el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por lo que su práctica se somete a las exigencias determinadas por la doctrina constitucional.

14. La delimitación del supuesto de hecho se completa en el artículo 11.1 de la LOPJ con la mención de la prueba obtenida "directa o indirectamente". El tenor legal extiende, en consecuencia, la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita (por ejemplo, la obtención de los bienes sustraídos en un registro domiciliario que no respetó las garantías constitucionales), sino también para las pruebas practicadas en principio por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales (por ejemplo, la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal). Es la introducción en el Derecho español de la doctrina del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisoned tree doctrine) del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja.³⁷ Sin embargo, como veremos en el epígrafe siguiente, los efectos de la ilicitud no son los mismos, según se trate de prueba directa o de prueba refleja, por lo que la doctrina constitucional ha introducido ciertas matizaciones al efecto general de ineficacia de las pruebas obtenidas indirectamente por medios ilícitos.

15. Una última consideración a propósito de la conducta prohibida es la inexistencia en el artículo 11.1 de condiciones subjetivas determinantes de la ilicitud. Es, en consecuencia, indiferente, en los términos del precepto, que el responsable de la ilicitud sea autoridad pública o un particular, que sea la parte a quien aprovecha la prueba u otra persona, que sea el reo o un acusador, con lo que se establecen diferencias entre la norma y, por ejemplo, lo establecido en el artículo 549 de la Corrección y Actualización, que condicionaba la ilicitud a que la prueba hubiera sido obtenida ilícitamente por la parte que la proponga o por terceros. La solución es la de mayores garantías, pero puede conducir a efectos injustos, por lo que no sería descabellado introducir una regla correctora que atendiera precisamente a quién es el sujeto responsable de la conducta ilícita, antes de determinar inso jure la

No falta, en este orden de cosas, quien al amparo del principio de proporcionalidad sostiene que debe operar el principio pro reo, en los casos en que la prueba ilícitamente obtenida beneficie la posición procesal del acusado, ya sea él el responsable de la vulneración del derecho fundamental, ya sea el tercero. "Se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente garantizado, y de forma prioritaria en el proceso penal, informado todo él por el principio del *favor rei*".³⁹

B) Efectos de la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de la fuente de la prueba

16. El artículo 11.1 de la LOPJ establece también los efectos en el proceso de los medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. De acuerdo con la expresión legal, tales pruebas "no surtirán efecto". Nos encontramos, en principio, ante el efecto propio de la nulidad de pleno Derecho, una ineficacia que se produce *ex tunc*, esto es, no desde el momento de la declaración, sino radicalmente desde el momento en que se produjo la vulneración. La norma no alude de manera expresa, sin embargo, a la nulidad, sino al efecto propio de ésta. Pese al silencio legal, la vinculación entre la vulneración de derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho es evidente en el Derecho español: la sentencia que estima el amparo ante el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad del acto impugnado (artículo 55 de la Ley Orgánica 1/1979, del Tribunal Constitucional); en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se establece también la nulidad de pleno Derecho como efecto de los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62). En la concreta materia probatoria, la antes comentada sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento.

La solución legal es, como se ve, tajante, pues establece un régimen uniforme, incluso con independencia de que se trate de pruebas directas u obtenidas de forma mediata de la fuente ilícita, y deja poco margen a la interpretación del juez. Es, incluso, más categórica que la establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando establece los efectos de la sentencia que otorga el amparo (por entender que el acto impugnado vulnera un derecho fundamental), pues el artículo 55 de esta ley señala que, una vez declarada la nulidad del acto, se determinará en su caso "la extensión de sus efectos": es decir, cabe la posibilidad de que la nulidad no siempre produzca idénticos efectos o, en otros términos, es posible que genere efectos diversos a la ineficacia. Es más, el otorgamiento del amparo no exige, en todo caso, una declaración de nulidad, que es lo mismo que decir que no toda vulneración de derechos fundamentales debe provocar la nulidad del acto en cuestión: es el caso, por ejemplo, del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, o de la infracción de las reglas sobre el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en ciertos casos (por ejemplo, por infracción de los fueros de competencia territorial, que no invalida como regla lo actuado ante el juez incompetente).

17. Es evidente que, partiendo de este hecho, debe valorarse positivamente la regla del derecho español, sobre todo en el caso del proceso penal, partiendo de la base del interés público presente en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, un interés que, por atribuirse en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, se encuentra amparado por el derecho a la tutela efectiva, también fundamental como los vulnerados a través de la obtención de la fuente de prueba, sin contar con el hecho del expreso reconocimiento en la Constitución española de un derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes.

A este respecto, la posición mayoritaria considera que en el elenco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución existen categorías: aquellos derechos absolutos, que no pueden ser objeto de limitación, y los derechos relativos, susceptibles de limitación o de restricción en la forma establecida en la propia Constitución.⁴⁰ El problema estriba en determinar a cuál categoría pertenecen los derechos del artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela efectiva, derecho a practicar los medios de prueba

comunicaciones), igualmente que es posible hacerlo a la inversa? La respuesta mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia española es afirmativa, partiendo de la dimensión de órgano público de los tribunales de justicia, lo que aconseja que las injerencias de éstos en derechos fundamentales de carácter material se produzca siempre con respeto a las propias exigencias constitucionales y al principio de proporcionalidad. Así, pues, en el caso que nos ocupa, el ejercicio de la tutela judicial no debe entenderse como derecho absoluto, sino que su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias de legalidad establecidas y con ponderación de la necesidad y adecuación de la medida que se pretende a los fines queridos.

18. Ahora bien, la regla de proporcionalidad es de ida y vuelta, toda vez que ha llevado al Tribunal Constitucional a modular la incidencia de los efectos de ineficacia previstos en el artículo 11.1 de la LOPJ en atención a las circunstancias del caso. Es una solución prudencial pero, a juicio de algunos autores, peligrosa,⁴¹ aunque posiblemente necesaria para mantener y salvaguardar los valores en conflicto, así como para evitar situaciones extraordinarias en las que no se admitan pruebas con resultados desproporcionados o repugnantes en consideración a la gravedad de los hechos enjuiciados. Para otros, se trata de una medida beneficiosa que evita, por ejemplo, que el sospechoso provoque la nulidad de las pruebas que le incriminan, para evitar ser condenado.⁴² Otros han abierto el debate sobre la oportunidad de promover otros efectos para el caso de la infracción del deber diferentes del de la ineficacia, como, por ejemplo, la sanción penal de los autores del hecho ilícito, pero manteniendo su valor como fuente de la prueba.⁴³

Esta modulación de los efectos de la prueba ilícita se ha apreciado, en especial, en la denominada prueba refleja, mediata o derivada, aunque en algunos casos se han considerado conforme a la Constitución ciertas pruebas obtenidas directamente en contra de un derecho fundamental.⁴⁴ La flexibilización de la regla de ineficacia de la prueba derivada surge en el Derecho norteamericano, si se acredita la concurrencia de los siguientes hechos: la independencia de la fuente de la prueba derivada -esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecían con vinculación lógico-causal (la independent source, del caso Wong Sun contra los Estados Unidos, de 1963)-; la inevitabilidad del descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito (inevitable discovery, apreciado en el caso Nix contra Williams, de 1984); en tercer lugar, la buena fe en la obtención de las pruebas directas (caso Estados Unidos contra León, de 1984); en último término, la teoría del nexo causal atenuado o purged taint (Estados Unidos contra Ceccolini, de 1978).⁴⁵

El Derecho español ha recibido la influencia de estas tendencia relativizadora de la regla general de ineficacia de la prueba ilícita a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sala segunda, 4 de marzo de 1997; 5 de junio de 1995) y del Constitucional en diferentes sentencias (Nos 282/1993, 86/1995, 54/1996) pero, sobre todo, en la N° 81/1998, que desarrolla la teoría sobre la conexión de antijuricidad,⁴⁶ partiendo de la base de que en supuestos excepcionales, pese a que las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las debe reconocer como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (fundamento jurídico cuarto).

Para determinar si las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada, vulnerando un derecho fundamental (en el caso, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas), deben ser prohibidas o no, ha de precisarse si se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). "En la presencia o ausencia de esa conexión" -dice la sentencia- "reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones". Un juicio que se obtiene determinando, desde un punto de vista interno: a) la índole y características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; b) su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba

dimensión en la relativización de la regla de ineficacia, duramente criticada.⁴⁷

19. En último término, merece apuntar que el régimen del artículo 11.1 de la LOPJ plantea algunos problemas aplicativos. Fundamentalmente, ante la práctica inexistencia de normas de desarrollo en las normas procesales penales. En efecto, la norma señala que las pruebas obtenidas con vulneración de derecho fundamental "no surtirán efecto". Ahora bien, la cuestión es determinar cómo, en qué momento y a iniciativa de quién se invalida la prueba en el seno del proceso. La cuestión es difícil no solo porque es habitual que el conocimiento de la ilicitud de la fuente se conozca con posterioridad a la incorporación de la prueba al proceso, incluso con posterioridad a la práctica o conocimiento de ésta por el tribunal. De ser el caso, bien está que se pueda determinar su ineficacia procesal, pero ¿cómo conseguir que una prueba conocida y apreciada por el juez no sea tenida en el proceso interno de formación de su convicción sobre los hechos punibles? Solo sería posible por medio de la aplicación de una regla de abstención o de recusación del juez que, además de inexistente en el derecho español, tendría muy compleja articulación orgánica y un costo de tiempo y económico posiblemente no asumible por la administración de justicia.

A eso se suma que las normas procesales, como se ha dicho, han tardado en incorporar a sus articulados las consecuencias del artículo 11.1 de la LOPJ. En el ámbito penal, en el que se aplicaba genéricamente el principio de que, en materia de prueba, lo que abunda no daña, solo cabía, en el procedimiento ordinario por delitos graves, la inadmisión de un medio de prueba a limine en caso de impertinencia o de inutilidad, lo que obligó a los tribunales, en muchos casos, a forzar el sentido del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, regulado por la Ley 5/1995, de 22 de mayo, sí permite plantear como cuestión previa a la constitución del tribunal enjuiciador (artículo 36.1, b) la vulneración de algún derecho fundamental. En el procedimiento abreviado (el más frecuente por delitos), aunque no haya expresa previsión, el acusado puede impugnar los medios probatorios en el escrito de calificación, nada dice la ley sobre inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas, sino, al contrario, que solo cabe no admitir las que entienda impertinentes (artículo 785.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Una solución razonable para cubrir la omisión legal puede ser la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, cuyo artículo 287 establece *ex novo* todo un incidente para obtener la declaración de ilicitud de un medio de prueba, antes de su práctica.⁴⁸

5. Conclusiones

20. A la vista de lo expuesto, queda claro el papel capital de la Constitución de 1978 en la adecuación del sistema procesal penal español a los postulados y exigencias procesales propias de un estado de Derecho. Sobre el particular, debe reconocerse que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por responder ya en 1882 a los principios liberales emanados de la Revolución Francesa, constituía un instrumento con algunas garantías en materia de prueba; pero, aun así, insuficiente para dar respuesta en el plano legal ordinario a las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva y del derecho al proceso con todas las garantías que establece, con grado de derecho fundamental, el artículo 24 de la Constitución.

Tras la Constitución, el principal hito en materia de lucha contra la prueba ilícitamente obtenida es la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, cuyo art. 11 incorpora, por vez primera al ordenamiento español, reglas sobre prueba ilícita. El art. 11 de la LOPJ, que se fijó en el modelo anterior de una Propuesta de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil acometida por los profesores de Derecho procesal españoles en la década de los años setenta, no es suficiente para dar respuesta a la rica variedad de situaciones ilícitas en materia de obtención de pruebas. En primer lugar, por tratarse de una disposición de carácter general, el legislador no pudo profundizar en las peculiaridades propias de cada jurisdicción, pues no son las mismas las diligencias de prueba en un proceso penal que en un proceso civil. Se da la paradoja de que las leyes procesales sectoriales no trasladaron a sus articulados la garantía de protección contra la prueba ilícitamente obtenida hasta la Ley Orgánica 5/1995, que introdujo el Tribunal del Jurado, y aplicable a un ámbito de la justicia penal tan imitado como ese, y más modernamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (arts. 287 y 433), supletoriamente aplicable al resto de los órdenes jurisdiccionales.

Constitucional español, la encargada de perfilar las notas del régimen sobre prueba ilícita en España. Con todo, tanto en su regulación legal como en su interpretación jurisprudencial, las restricciones a los medios de prueba ilícitamente obtenidos chocan con el hecho de que el interés de la investigación penal se inserta dentro de la tutela efectiva de los juzgados y tribunales y al derecho a practicar los medios de prueba pertinentes. En otras palabras, toda restricción a la prueba lo es a estos dos derechos fundamentales, y, por ello, el legislador español solo priva de eficacia a la prueba que sea ilícita por violentar derechos de igual calidad al derecho a la prueba, esto es, derechos fundamentales, quedando una zona sombría por debajo de posibles derechos de rango inferior que, de ser vulnerados, estarían desamparados por el art. 11 de la LOPJ y sus normas de desarrollo.

Por otra parte, la evolución de la jurisprudencia constitucional ha conducido a la introducción en el Derecho español de criterios de flexibilización de la regla sobre prueba ilícita, en especial en el caso de la denominada "prueba derivada", esto es, de la practicada legítimamente a partir de hechos averiguados por medios ilícitos. Así, el Alto Tribunal ha construido la tesis de la "conexión de antijuridicidad", en cuya virtud no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo en determinadas condiciones. Según esta doctrina, no existe dicha conexión, en todo caso, por el hecho de que la prueba de cargo inicial sea ilícita, sino que para ello es preciso efectuar un razonamiento lógico deductivo que permita establecer, primero, las características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; segundo, cuál es su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla, y tercero, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del vulnerado exige. Una línea jurisprudencial que se fija en la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, que modula la transferencia de los efectos de la prueba ilícita a la prueba derivada cuando hay inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecían con vinculación lógico-causal, cuando el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito hubiera sido inevitable y cuando hubiera buena fe en la obtención de las pruebas directas.

Notas

¹ Texto elaborado en el seno del Proyecto de investigación sobre el tema "La persecución procesal de la criminalidad organizada" (BJU2000-0774), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología del Reino de España.

² Couture, E.J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ed. BdeF, Montevideo, 2002 (4ª ed.), p. 119.

³ Mittermaier, Tratado sobre la prueba en materia criminal, edición española, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1877, pp. 1 a 7.

⁴ González Montes, J.L., "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El Derecho constitucional a la prueba y sus límites)", Revista de Derecho Procesal, 1990, Nº 1, p. 36; Schäfer, K., Strafprozessrecht, Berlín, 1976, p. 271 y ss.

⁵ Sobre el particular, ver, entre otros, Fenech, M., "Punto de vista sobre el proceso penal español", Estudios de Derecho Procesal (con J. Carreras), Bosch, Barcelona, 1962, p. 689.

⁶ Lo mismo ocurre en otros ordenamientos europeos de tradición jurídica continental, como acredita la literatura científica. El tratado de las pruebas en Derecho civil y penal, de Bonnier, E. (traducción de Vicente y Caravantes, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1869, dos volúmenes) no se refiere en ningún momento a la ilicitud de la fuente de la prueba como condición de ilicitud de la prueba misma, aunque sí hable de pruebas prohibidas en el Derecho francés en aquellos casos en que se pretenda acreditar hechos inmorales (vol. I, p. 58). Lo mismo cabe decir del tratado de Mittermaier sobre La prueba en materia criminal, antes citado, dedicado a establecer un sistema general sobre la prueba en el Derecho alemán, pero ajeno a la cuestión de los efectos en el proceso de los medios de prueba obtenidos en forma ilícita o ilegítima.

⁷ Pues hasta entonces solo existía el previsto en los arts. 742 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoriamente aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, pero derogado en la reforma urgente de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

⁸ En el caso, la aplicación subsidiaria correspondía al Código Civil. La Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (una ley preconstitucional por un día, dado que databa del 26 de diciembre de 1978, mientras que la Constitución española se promulgó el día 27, pero que, en realidad, durante su vigencia se ha aplicado como norma de desarrollo de la Carta Magna), nada sustantivo decía acerca de los efectos de la vulneración en el proceso de los derechos fundamentales. El problema del Código Civil es que, al margen de la genérica declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas (salvo que en ellas se estableciera otro efecto) del artículo 6.3, no contiene una regulación específica de la nulidad de los negocios ni de los actos jurídicos, sino, de forma general, la nulidad de los contratos (artículos 1300 a 1314) -a salvo de ciertas disposiciones relativas a la nulidad del matrimonio civil o de las disposiciones testamentarias, entre otras normas dispersas por su articulado-, no siempre fácilmente trasladables al campo del proceso. Esa es la razón por la cual la LOPJ, al regular la materia, se fija en el modelo de la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, sobre nulidad de los actos administrativos en lugar del (inexistente) modelo del Código Civil.

⁹ Que establece en el Derecho español el régimen general sobre ineficacia de los actos nulos de pleno derecho.

¹⁰ Precepto que restringía la inadmisibilidad de los medios de prueba a los casos de impertinencia, por aplicación del principio general de que, en materia de prueba, lo que abunda no daña, pero que no establecía criterio en caso de prueba ilícitamente obtenida.

¹¹ Ed. Tecnos, vol. II, Madrid, 1974, pp. 272 y 273.

¹² Oliva Santos, A., "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", Tribunales de Justicia, Madrid, N° 8, agosto-septiembre de 2003, p. 2.

¹³ Artículo 5, LV de la Constitución brasileña; artículo 24.14 de la Constitución de la República de Ecuador (que amplía la ilicitud a las pruebas practicadas en contra de la ley); artículo 24 de la Constitución de la República de Guatemala (con referencia específica a la infracción de la inviolabilidad de la correspondencia, libros o registros); el artículo 88 de la Constitución de la República de Honduras proscribía la violencia e intimidación para forzar una declaración; artículo 17.9 de la Constitución de la República del Paraguay.

¹⁴ En este mismo sentido, García Morillo, J., Derecho Constitucional, vol. I (con López Guerra y otros), ed. Tecnos, Valencia, 2003, p. 364.

¹⁵ Es el caso de la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, cuyo fundamento jurídico quinto sostiene lo siguiente: "El concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido" (es decir, por medios ilícitos).

¹⁶ Sobre este derecho, vid. el estudio elaborado por Vegas Torres, J., Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, ed. La Ley, Madrid, 1993, tal vez el más completo trabajo sobre la materia en la literatura científica española.

¹⁷ Vid. sentencia 81/1998, fundamento jurídico 3.

¹⁸ Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984, de 29 de

"Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (artículo 24.2 de la Constitución) [...]".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985.

¹⁹ O sea, en un proceso con respeto a todas las garantías procesales, entre las cuales cabe integrar la prueba obtenida sin violación de derechos fundamentales. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (del mismo modo que hace el propio Tribunal Constitucional hace en su propia jurisprudencia) condiciona la estimación de un recurso por vulneración de este derecho al resultado dañoso que efectivamente el hecho denunciado ha producido, lo cual no deja de ser censurable, habida cuenta de que la infracción es infracción independientemente del resultado que a través de ella se produzca: vid. sobre el particular, Oliva Santos, *Derecho procesal. Introducción*, con Díez-Picazo y Vegas, Madrid, 2001, pp. 440-441. En el mismo sentido, con referencia particular al caso que nos ocupa, vid. Martínez García, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, Valencia, 2003, p. 193, y López Ortega, J.J., "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea", *La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1993, p. 263.

²⁰ Vegas, op. cit., pp. 38 y 39; Martínez García, op. cit., p. 80.

²¹ Me refiero a los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983.

²² Vid. su artículo citado "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Tribunales de Justicia*, N° 8, agosto-septiembre de 2003, p. 11. Decimos nueva lectura, puesto que esta sentencia ya fue comentada por este autor en su trabajo "Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario", *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, N° 2, marzo-abril, pp. 17 a 43.

²³ Pues son mayoritarios los autores que defienden precisamente esa posición de preeminencia de los demás derechos fundamentales sobre el derecho fundamental a la prueba, como parte del derecho a la tutela judicial: vid. a título de ejemplo Serra Domínguez, M., "El derecho a la prueba en el proceso civil español", *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, p. 568 y ss; Sáinz de Robles, F. C. y Albácar López, J. L., "El derecho a la prueba", *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, p. 601 y ss.; B. Pastor Borgoñón, "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Justicia*, 1986, N° 2, p. 337 y ss., entre otros. En el Derecho francés parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). La Sentencia N° 34 de 1973 de la Corte Constitucional italiana declaró que "el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (artículo 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada". Esta doctrina, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de

fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas", que condujo a la reforma legislativa de la Ley N° 98, de 1974, por la que se reformó el código de procedimiento penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. El artículo 191 del código, tras su puesta al día de 31 de diciembre de 2001, prohíbe la utilización de pruebas obtenidas en violación de cualquier derecho reconocido en la ley, con mayor extensión que el artículo 11.1 de la LOPJ.

²⁴ "El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamiento que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas".

²⁵ Evitando que la petrificación de la garantía impida la consecución de la política criminal del Estado: V. Gimeno Sendra, V., Conde-Pumpido, C., Garberí Llobregat, J., Los procesos penales, ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 421.

²⁶ Sobre este principio y su incidencia en el ámbito del proceso penal, vid. González-Cuellar Serrano, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, ed. Colex, Madrid, 1990, así como la abundante bibliografía que en esta obra se cita.

²⁷ En el ámbito de la intervención de las comunicaciones telefónicas, vid. las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass-, 2 de agosto de 1984 -caso Malone-, 24 de abril de 1990 -caso Kuslin y Huvig-, 25 de marzo de 1998 -caso Haldford-, de 25 de marzo de 1998 -caso Klopp- y 30 de julio de 1998 -caso Valenzuela-. Esta doctrina ha sido acogida, entre otras, por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre.

²⁸ Sobre el particular, vid. Martínez García, op. cit., p. 84 y ss.

²⁹ Oliva Santos, "Sobre la ineficacia [...]", cit, pp. 1 y 2; González Montes, "La prueba obtenida ilícitamente [...]", cit., pp. 29 y 30.

³⁰ Enmienda N° 952, del Grupo Parlamentario Popular.

³¹ Corrección y Actualización, cit., vol. II, p. 105.

³² En este sentido, Barona Vilar, S., Derecho Jurisdiccional: El proceso penal, con Montero, Gómez Colomer y Montón, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 300-301. Con detalle, sobre esta cuestión, vid. J. Díaz Cabiale y Martín Morales, "¿Es proyectable el artículo 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?, La Ley, N° 4445, 24 de diciembre de 1997.

³³ Y aplicar, en su caso, las reglas generales sobre nulidad Montón Redondo, A., llama a las primeras pruebas ilícitas y a las segundas viciadas (loc. cit., p. 568 y ss.); Sáinz de Robles y Albácar López (loc. cit., ibídem) distinguen entre pruebas procesalmente ilegales o materialmente ilegales, mereciendo las primeras la consideración de pruebas ilegítimas y las segundas de pruebas ilícitas. Como señala González Montes (loc. cit., pp. 35 y 36), en concordancia con Pastor Borgoñón (loc. cit.), la distinción proviene de la teoría alemana de las prohibiciones probatorias (Beweisverboten), que distingue entre ilicitud de las fuentes de prueba y la de los medios de aportación de las pruebas al proceso.

³⁴ Sobre el particular, vid. el completo y minucioso trabajo de Hinojosa Segovia, R., La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal, ed. Edersa, Madrid, 1996.

³⁵ Vid. López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid, 1991. También, Montero Aroca, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el

³⁶ Vid., sobre este concreto extremo, Etxebarria Guridi, J., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Madrid, 1999.

³⁷ Sobre la incidencia de esta teoría en el Derecho español, vid. Velasco Núñez, E., "Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: correcciones actuales y tendencias de futuro", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, pp. 425 a 463.

³⁸ Como propone Oliva Santos, "Sobre la ineficacia [...]", cit., p. 10.

³⁹ Vid. Pellegrini Grinover, A., Scarance, A., y Magalhaes, A., *As nulidades no processo penal*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 136-137.

⁴⁰ Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional [...]*, cit, pp. 301 y 302.

⁴¹ Pellegrini, op. cit., p. 136.

⁴² Opina así Martínez García, op. cit., p. 54, si bien en ese específico caso podríamos encontrarnos en el ámbito de incidencia de las normas sobre fraude de ley o fraude procesal.

⁴³ Oliva Santos, "Sobre la ineficacia [...]", cit., p. 10.

⁴⁴ Es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Constitucional español 282/1993, que dio validez probatoria a la confesión obtenida ante la policía sin asistencia letrada ni instrucción sobre los derechos del detenido (artículo 17.3 constitucional), a partir del argumento de que constaba la inexistencia de coacción o amenazas destinadas a obtener la confesión: "Es más [...], el recurrente se prestó incluso voluntariamente para ir a buscar al otro coautor del delito y a conducirlo hasta el hotel donde se encontraban los policías".

⁴⁵ Datos tomados de Martínez García, op. cit., pp. 54-55.

⁴⁶ Sobre el particular, con extensión, vid. Díaz Cabiale, J. A., "La teoría de la conexión de antijuricidad", *Jueces para la democracia*, 43, marzo de 2002, pp. 39-49.

⁴⁷ Entre otros, por Barona Vilar, quien entiende que la sentencia introduce un juicio de ponderación no objetivado y generalista, que crea inseguridad, que hace depender del resultado obtenido la vulneración o no del derecho al proceso con todas las garantías, que en definitiva, se ve menguado por la decisión del Tribunal Constitucional (op. cit., p. 304).

⁴⁸ "1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

Bibliografía

Asencio Mellado, J.M., Derecho Procesal Penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Asencio Mellado, J.M., Prueba prohibida y prueba preconstituida, ed. Trivium. Madrid, 1989.

Bonnier, E., El tratado de las pruebas en Derecho civil y penal (traducción de Vicente y Caravantes), Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1869, dos volúmenes.

Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil Ed. Tecnos, vol. II, Madrid, 1974.

Couture, E.J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ed. BdeF, Montevideo, 2002 (4ª ed.).

Díaz Cabiale, J.A., "La teoría de la conexión de antijuridicidad", Jueces para la democracia, 43, marzo de 2002, pp. 39-49.

Díaz Cabiale, J.A. y Martín Morales, R., "¿Es proyectable el artículo 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?", Diario La Ley, N° 4445, 24 de diciembre de 1997.

Díaz Cabiale, J.A. y Martín Morales, R., La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, ed. Civitas, Madrid, 2001.

Echarri Casi. F.J., "Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y encuentros casuales", Poder Judicial, N° 69, 2003, p. 261.

Etxebarria Guridi, J., Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales, Madrid, 1999.

Fenech, M., "Punto de vista sobre el proceso penal español", Estudios de Derecho Procesal (con J. Carreras), Bosch, Barcelona, 1962, p. 689.

Gálvez Muñoz, L., La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

García Morillo, J., Derecho Constitucional, vol. I (con López Guerra y otros), ed. Tecnos, Valencia, 2003.

Gascón Abellán, M., "¿'Freedom of proof'? el cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", Jueces para la Democracia, N° 52, marzo de 2005, pp. 74-85.

Gimeno Sendra, V., C. Conde-Pumpido, J. Garberí Llobregat, Los procesos penales, ed. Bosch, Barcelona, 1999.

Gómez de Liaño González, F., El proceso penal: su tratamiento jurisprudencial, ed. Forum, Oviedo, 2004.

González Montes, J.L., "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El Derecho constitucional a la prueba y sus límites)", Revista de Derecho Procesal, 1990, N° 1, p. 36.

González-Cuéllar Serrano, N. (et. al.), La prueba en el proceso penal, Ministerio de Justicia, 1993.

González-Cuéllar Serrano, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, ed. Colex, Madrid, 1990.

Hinojosa Segovia, R., La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal, ed. Edersa, Madrid, 1996.

Consejo General del Poder Judicial, 1993.

López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid, 1991.

Martínez García, E., Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Valencia, 2003.

Miranda Estrampes, M., El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 2004.

Mittermaier, Tratado sobre la prueba en materia criminal, edición española, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1877.

Montero Aroca, J., J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, y S. Barona Vilar, Derecho Jurisdiccional: El proceso penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Montero Aroca, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Montón Redondo, A., "Principios fundamentales del proceso penal", Homenaje a don Antonio Hernández Gil (coord. Martínez Calcerrada), ed. CERA, Madrid, 2001, p. 3191.

Moreno Catena, V., "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", Poder Judicial, N° especial II, 1988, pp. 131-172.

Moreno Catena, V., V. Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, Valencia, 2004.

Oliva Santos, A., "Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario", Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, 1985, N° 2, marzo-abril, pp. 17 a 43.

Oliva Santos, A., "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", Tribunales de Justicia, Madrid, N° 8, agosto-septiembre de 2003.

Oliva Santos, A., I. Díez-Picazo, I., y J. Vegas Torres, Derecho procesal. Introducción, Madrid, 2001.

Ortells Ramos, M., "Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el jurado", Tribunales de Justicia, N° 2, 1998, p. 165 y ss.

Pastor Borgoñón, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", Justicia, 1986, N° 2, p. 337.

Pedraz Penalva, E. (et al.), Derecho procesal penal, ed. Colex, Madrid, 2000.

Pellegrini Grinover, A., A. Scarance, y A. Magalhaes, As nulidades no processo penal, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

Rifá Soler, J.M. y J.F. Valls Gombáu, Derecho Procesal Penal, ed. Iurgium., Madrid, 2001.

Sáinz de Robles, F. C. y J.L. Albácar López, "El derecho a la prueba", Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Madrid, 1983, p. 601 y ss.

Schäfer, K., Strafprozessrecht, Berlín, 1976.

Serra Domínguez, M., "El derecho a la prueba en el proceso civil español", Libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, p. 568 y ss.

Vegas Torres, J., Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, ed. La Ley, Madrid, 1993.

correcciones actuales y tendencias de futuro", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 425 a 463.

Artículo recibido el 30 de septiembre de 2005 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 25 de noviembre de 2005.

© 2011 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile
Teléfono: 56 63 221567 • Fax: 56 63 221942 • Casilla 567 • Campus Isla Teja S/N • Valdivia • Chile
E-mail: revider@uach.cl