

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y LA PRUEBA ILÍCITA.

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN.

El mundo de la comunicación, con todos sus actuales y previsibles avances técnicos que han desbordado incluso la previsión de lo que el hombre no podía ni siquiera intuir hace escasas décadas, está obligando al proceso penal a adaptarse a una realidad que lo ha superado y que ha puesto en tela de juicio muchas de sus reglas hasta hace poco indiscutidas, so pena de verse expuesto a caer en la más absoluta de las ineficacias. Poco vale el dogmatismo riguroso, que no el rigor científico, cuando la sociedad empuja hacia caminos que deben encontrar una respuesta adecuada y que, de no ser contestados, pueden causar efectos indeseados. La aparición de una nueva delincuencia o, mejor dicho, a los fines de esta trabajo, de una nueva forma de delinquir, que usa de medios técnicos imprevistos por muchas legislaciones e imprevisibles por la velocidad en que surgen otros avances, obliga a la búsqueda de medios de investigación adecuados a la realidad, de modo que los antiguos y sobre los que asienta el modelo procesal penal, sobre los que se estructuran los mismos principios que consideramos básicos, pierden sentido o proporcionan respuestas meramente parciales.

Esto se observa con nitidez en el ámbito de la prueba, la cual no responde, ni puede ya responder por motivos ineludibles a los viejos axiomas que ponían el acento absoluto en la ejecución de la prueba en el acto del juicio oral, que elevaban dicho principio a la categoría de dogma. La concentración de la prueba en dicho acto es consecuencia directa de un modelo que se asienta en la prueba personal, en las declaraciones y percepciones de imputados, testigos y peritos no oficiales, es decir, en personas cuya deposición inmediata ante el órgano sentenciador es imprescindible para la formación completa de la convicción. Los problemas de irrepetibilidad en estos casos son muy limitados y se circunscriben a aquellos en los que por motivos físicos o psíquicos y en combinación con la obligada previsibilidad del Estado, el sujeto no puede comparecer a la vista. Y al respecto poco queda por descubrir y escasas soluciones pueden discutirse más allá de lo que las diversas legislaciones ya prevén.

Pero, cuando este tipo de pruebas personales pierde valor al verse sustituidas por actos materiales, técnicos, objetivos y meramente reproducibles en el juicio a través de mecanismos, igualmente técnicos, seguros y completos o cuando la participación de alguien no depende ya de una declaración subjetiva, sino del resultado de una pericia médica (ADN) o de una grabación en el lugar de los hechos o de una escucha telefónica o del conocimiento de una IP informática, los principios antes citados, seculares, ceden y deben hacerlo para dar paso a aquellos que regulen apropiadamente una nueva realidad, que no puede ceñirse a esquemas que no sirven o que, cuanto menos, no acogen con plenitud las características de esta nueva e ineludible forma de investigación.

Se trata de pruebas que se practican siempre en fase de investigación, en las que el órgano judicial poco o nada puede aportar en su ejecución, de modo que la intermediación pierde valor y en las que la contradicción no es casi nunca un requisito que se pueda verificar en el momento mismo de llevarse a efecto la diligencia, sino, en todo caso, posterior y ceñido no tanto al contenido del acto, objetivo, sino a su fiabilidad o completud. Ante ese fenómeno, el principio general de concentración de la prueba en un acto oral e inmediato, puede conducir a soluciones formales que, normalmente, imponen la conversión de pruebas técnicas en testificales incompletas que, de hecho, proporcionan resultados menos seguros que la diligencia técnica que reproducen. En estos casos, el principio garantista se torna en un elemento perverso para la defensa, pues difícil es que el acusado pueda contradecir un acto objetivo, practicado de hecho sin su presencia y solo a través de un interrogatorio casi siempre reiterativo de lo que consta en medios de reproducción de fiabilidad casi incontestable.

La prueba personal, en la actualidad, se puede apreciar desde dos perspectivas diferentes. Una, tomando al sujeto como objeto de la misma, lo que sucede cuando se incorporan al proceso videos, fotografías o cualesquiera otros modos que se basan en su apariencia externa. Otra, cuando el imputado o testigo declara físicamente, lo que, como es sabido, hoy no exige necesariamente el desplazamiento si existen motivos firmes que lo impiden o dificultan, siendo posible acudir a mecanismos interpuestos, como la videoconferencia, hecho éste que ha supuesto un avance respecto de la mera lectura de actas anteriores incompletas. Pero, se podría hablar de una tercera forma de apreciar la intervención de aspectos personales en el proceso, no coincidente plenamente con ninguna de las anteriores y que vendría constituida por la interceptación de las comunicaciones. Y ello es así, por cuanto éstas, cualquiera que sea el medio empleado al efecto, no siempre terminan mediante la incorporación al proceso de unas grabaciones en las que constan unas manifestaciones imputatorias, pudiendo servir para proporcionar información sobre el cuerpo o efectos del delito o para inculpar a terceros en los hechos, en cuyo caso sus efectos son diferentes y las consecuencias no coincidentes¹.

Es lo cierto que en la actualidad, la imagen personal o la voz han perdido buena parte de su privacidad, dado que ambas son fácilmente captables por cualquiera que posea instrumentos elementales y poco onerosos para interceptarlas y hacer uso de las mismas con cualquier finalidad. El uso público posterior de fotografías, filmaciones, grabaciones de voz y similares es no sólo posible, sino cada vez más frecuente en esta sociedad de la información, donde se confunde la necesidad de la noticia, con la rentabilidad de la misma, primando esta última consideración para quienes hacen uso de aquellos objetos, en el bien entendido que por rentabilidad no cabe entender sólo la económica, sino igualmente también la profesional y, desgraciadamente, la política.

De este modo, es un fenómeno aceptado por la imposibilidad de ser evitado en una sociedad democrática en la que la libertad de expresión es una garantía esencial, que se formulen juicios paralelos en la prensa acerca de sujetos y hechos, juicios cuyo objeto

¹ MORENO CATENA, V; Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal. En "Prueba y proceso penal". Obra colectiva. Valencia 2008. Pags. 86-86.

es modelado y presentado por quienes poseen intereses en una condena pública y los que aprovechan tales acontecimientos para publicar en prensa lo que moralmente en ocasiones no sería aceptable. A nadie le cabe duda de que la manipulación colectiva, haciendo aparecer noticias sesgadas o inducidas, es técnicamente fácil y que en tales casos, cuando el afectado es un personaje conocido, la reacción ciudadana en su contra se puede predecir como cierta. Frente a esos juicios paralelos, que no entienden de derechos fundamentales, ni de legalidad ordinaria, ni de principios procesales, poco se puede hacer, ni se debe, para variar la opinión popular, la que, como es sabido, considera un bien incomprensible la regla de la exclusión probatoria de los medios obtenidos con violación de derechos fundamentales cuando se trata de delitos que cuentan con una mayor reprobación social o que tienen un mayor impacto en los medios². Porque, esa presión social, sin duda alguna, es aprovechada por quienes, usando los medios de comunicación, se creen con la facultad o fuerza de presionar a los tribunales en el sentido deseado y que éstos van a ceder desatendiendo las obligadas exigencias constitucionales. Al Poder Judicial ha de recordársele que la fortaleza de un sistema democrático y la independencia de sus tribunales se mide por la capacidad de sus integrantes de preservar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico ante presiones que esconden intereses frecuentemente espurios y en muchas ocasiones con origen y finalidades desconocidos. Las sentencias de los tribunales, especialmente las de los más elevados, cumplen en un sistema democrático una labor pedagógica que sirve para que la ciudadanía aprenda un modelo de convivencia. Toda cesión ante actuaciones ilícitas, aunque sea parcial y se pueda justificar mediante interpretaciones jurídicas, aunque de dudosa coherencia con el sistema que se defiende, constituye un paso atrás y toda excepción a las reglas comunes, que garantizan la igualdad como uno de los valores supremos, que anteponga en un caso particular criterios no generales, viene a instituirse en una regla futura que obligará necesariamente a trastocar el sistema. Y cuando ello sucede se abren fisuras en la totalidad del mismo, en su lógica generándose consecuencias inevitables que pueden conducir a graves crisis de los modelos.

La solución o respuesta a la nueva realidad no es, sin embargo, fácil, aunque sí debe ser contundente, entendiéndose por contundencia la aplicación de la Constitución y de la ley por encima de cualquier otra consideración.

De este modo, no debe caber restringir en modo alguno, ni siquiera mediante normas de autoregulación, la libertad de expresión, la libertad de prensa, toda vez que ésta constituye una garantía del sistema democrático. La libertad de expresión solo puede ser limitada en los casos y en la forma que la ley determina, siempre de forma excepcional y partiendo del reconocimiento de la primacía de este derecho salvo justificación fundada y proporcionada.

De igual manera, los tribunales han de quedar sujetos exclusivamente a la Constitución y a la ley, sin que quepa en su labor subordinarse a injerencias directas o indirectas, mediatas o inmediatas, sutiles o expresas. Que el derecho pueda ser susceptible de interpretarse no significa que los tribunales hayan de hacer “Justicia”.

² PLANCHAT TERUEL, J.M.; Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento. En “Estudios sobre la prueba penal”. Vol.I. Ed. La Ley. Madrid 2010. Pag. 96.

Esta labor corresponde al legislador, no a los Jueces, que deben limitarse a aplicar la ley e interpretarla cuando sea necesario en general, no obligada o conducida por un caso particular o la visión de los magistrados de lo que debería suceder ante un hecho determinado.

Y esa resistencia debe predicarse, de la misma manera y con igual fortaleza cuando la pretensión sostenida públicamente es exactamente la contraria, es decir, cuando desde la opinión pública y previa la creación de campañas de imagen, se quiere obtener la impunidad de personajes ligados a la actividad política. Especialmente y ante delitos de corrupción, es frecuente la aparición de tensiones graves entre el poder político y el judicial, tensiones cuya finalidad no es otra que intentar crear un espacio propio de no punibilidad a quienes, en su calidad de funcionarios, aprovechan el cargo para enriquecerse y enriquecer a terceros.

En ambos casos, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que un principio básico del Estado democrático es que la prueba ilícitamente obtenida, con vulneración de derechos fundamentales, es plenamente ineficaz, cualquiera que sea su contenido. La prueba ilícita no puede producir ningún efecto en el proceso, directo o indirecto. La nulidad de estas fuentes o de los medios mediante los que se articulen, debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, pues lo contrario significaría mantener la eficacia en el tiempo de lo que es ineficaz, dar valor de soporte de elementos derivados a lo que ningún efecto puede producir por disposición legal y fundamento constitucional. Toda resolución, pues, que se apoye exclusivamente en una prueba ilícita debe ser declarada nula inmediatamente. Porque, generando la prueba ilícita la nulidad de las pruebas derivadas de ella, cuando un proceso se mantiene sobre la base de una única prueba nula, es evidente que todo lo que se actúe tendrá un origen prohibido e, igualmente, nulo. Por ello, sostener vivo un proceso sobre una prueba ilícita y nula atenta a la igualdad de las partes, a la buena fe y al derecho de defensa, toda vez que se obliga al imputado a producir una actividad desproporcionada e innecesaria y se le somete al riesgo de verse expuesto a consecuencias innecesarias y derivadas de su propia actividad defensiva. De todo ello se hablará más adelante.

Jurídicamente, pues, y como conclusión de lo que se va a desarrollar a continuación, debe afirmarse que la prueba ilícita genera la nulidad del acto vulnerador de derechos, incluidos lo que constituyan materialización de la diligencia nula, cualquiera que sea la forma en que se introduzcan en el proceso, porque también merece la pena de nulidad la resolución que se fundamente exclusivamente en aquellos. Otra cosa, a la que se dedicará un breve espacio, es la referida a la eficacia o invalidez de los actos indirectamente obtenidos.

Siendo así, la nulidad debe evidenciarse de modo inmediato, una vez sea conocida y declararse formalmente excluyendo físicamente los actos obtenidos con infracción de derechos fundamentales. No es la prueba ilícita una mera prohibición de valoración, sino de uso en general. Una prueba ilícita no debe ser admitida, practicada o valorada, según el momento procesal en el cual se evidencie.

Pero, para decretar el efecto de la ineficacia y los efectos que ésta ha de producir, se impone una reflexión, aunque sea breve, acerca de diversos conceptos que derivan del más amplio y utilizado en algunas legislaciones, cual es el de legalidad de la prueba, ya

que éste contiene un mismo fin general, como es el de evitar condenas basadas en pruebas irregulares, pero fundamentos y consecuencias distintas. Así, debe establecerse una distinción entre pruebas obtenidas o practicadas con infracción de normas legales infraconstitucionales, pruebas practicadas con infracción de derechos fundamentales procesales, es decir, la presunción de inocencia y pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales materiales o pruebas ilícitas. Esta distinción conceptual es obligada pues la confusión entre categorías no coincidentes es fuente en muchas ocasiones de problemas de cierta entidad. No obstante, cabe decir, que hay lugares comunes entre todas ellas que no pueden desconocerse y que los diversos ordenamientos jurídicos no establecen con nitidez sus diferencias, antes al contrario, mezclan tales realidades induciendo a confusión o no ofreciendo soluciones claras y seguras.

2. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA.

Indagar en cuál sea el fundamento, constitucional o meramente legal, de la prueba ilícita es, sin duda, importante por lo que supone de ubicar adecuadamente un concepto tan complejo. En efecto, del fundamento asignado derivan consecuencias inevitables y lógicas que afectan al entendimiento de la prueba ilícita y la amplitud de la supresión de sus efectos en el proceso. Tal atribución, no obstante su importancia, suele realizarse de modo previo al desarrollo de la medida y de sus efectos, basándose, en buena medida, en la propia percepción del lugar que deben ocupar los derechos fundamentales en el proceso y su relación con los poderes del Estado en la investigación delictiva, así como los límites a dicha actividad. De esta manera, el concepto de prueba ilícita aparece sembrado de componentes políticos que informan la posición jurídica adoptada. Por tal motivo, es conveniente no atribuir a tales construcciones un valor tan superior como el que a veces se le concede, sino el relativo que merece lo que es fruto indudable de posicionamientos tampoco absolutos y en todo caso, en el ámbito de los principios del Estado de derecho, perfectamente lícitos. Con ello, se quiere poner de manifiesto que no es tanto el fundamento que se atribuya a la prueba ilícita lo que debe primar a la hora de desarrollar su contenido y efectos, directos o indirectos, sino, por el contrario, estos últimos, que sin duda alguna constituyen una realidad que no debe supeditarse a ninguna construcción que, aunque fundamentada jurídicamente, oculta una opción legítima, pero no decididamente suficiente para negar el contenido esencial de una institución tan directamente vinculada al sistema democrático penal.

Porque, no es posible negar que cualquier opción que se escoja va a predeterminar o tiene la vocación de hacerlo, la propia institución de la prueba ilícita, especialmente el complejo efecto reflejo, las consecuencias de la ilicitud en las pruebas derivadas directa o indirectamente de la originariamente viciada. En este asunto, se ha de ser en extremo cuidadoso, pues ninguna construcción teórica puede incurrir en contradicciones que conduzcan a negar a la prueba ilícita efectos al menos similares a los que provoca la nulidad de los actos procesales, máxime cuando entre ambas existe una relativa confusión en los textos legislativos y en la praxis judicial. Si la prueba nula por afectar a normas legales infraconstitucionales extiende sus efectos a todos los actos dependientes de ella, difícil es negar que no suceda lo propio con pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

De esta manera, por ejemplo, no es inocua una opinión que afirme que la prueba ilícita carece de respaldo constitucional, autónomo o no, y que su eficacia deriva únicamente de su consagración legal, ya que, desde esta posición es difícil afirmar la ilicitud de las pruebas derivadas o, al menos, lo es si no se acude a la figura de la nulidad procesal, con la cual se identificaría y con ello se aceptarían sus efectos, no coincidentes con la ilicitud propia de la infracción de derechos fundamentales, por ejemplo, la subsanación. De igual modo, cabe afirmar la misma consecuencia cuando se asevera que la prueba indirectamente obtenida a partir de un derecho fundamental no afecta al derecho originariamente vulnerado, porque de esta afirmación es posible colegir que la nueva prueba, aunque conectada, puede alcanzar validez mediante su práctica adecuada a la ley, es decir, que queda convalidada y subsanada por el simple hecho de su práctica conforme a las exigencias legales.

A modo de resumen, pues, puede afirmarse que la determinación de un fundamento a la categoría de la prueba ilícita, viene predeterminado por la visión que de ella misma se tenga, de la necesidad de protección que se le asigne, de la extensión que se conceda a sus efectos y de los sacrificios que se quieran imponer al Estado en la investigación delictiva en relación con los exigidos a los ciudadanos en el ámbito de sus derechos. Tal atribución, por tanto, no puede nunca responder a criterios que hayan de considerarse absolutos, sino más bien dependientes de elecciones que los predeterminan. De este modo, el señalamiento de un fundamento no parece fruto de un razonamiento previo del cual se hacen derivar unas consecuencias, sino, antes al contrario, de una conclusión elaborada sobre la base de unas premisas y posiciones anteriormente asumidas. No hay, pues, un concepto que pueda calificarse de superior e indiscutible, que dimanase de un razonamiento estrictamente jurídico. Todos son relativos, asumiendo cada cual aquel que resulta más coherente con su visión del papel que los derechos fundamentales han de jugar en el proceso penal y los poderes que el Estado debe ver limitados en su función de investigación de los delitos.

Al margen de otras divisiones menos generales, la más relevante por sus consecuencias inmediatas y claramente apreciables es la que atribuye a la prueba ilícita una naturaleza constitucional, directa o indirecta, mediata o inmediata, que se contrapone explícitamente a la que niega tal carácter, entendiendo que su reconocimiento es meramente legal o legal con proyección constitucional, cuya eficacia solo se fundamenta en la ley que desarrolla una prohibición que, sin norma positiva, carecería de vigencia. Y esta división tiene, sin duda alguna, importantes consecuencias, pues de la posición que se adopte dependerán consecuencias, tales como el margen de actuación de los tribunales en su apreciación, la posible limitación de los de la prueba derivada o la existencia misma de esa prohibición no inmediata, la competencia de los Tribunales Constitucionales que puede ponerse en duda si la prueba ilícita no deriva de la infracción de un derecho fundamental y la forma y momento de apreciación de la infracción, toda vez que, en suma, podría equipararse sin mayores reparos a la nulidad de los actos procesales y quedar sujeta a sus mismas o similares consecuencias.

De este modo, quienes consideran que la prueba ilícita carece de fundamento constitucional, que no existe un derecho fundamental a su no recepción, ni autónomo, ni incluido en otros más generales de naturaleza procesal, sino que se trata de una mera cuestión de legalidad ordinaria, equiparan en buena medida esta institución y la nulidad procesal, asignándoles tratamientos casi idénticos y, de esta manera, uniformizan el uso

que se quiera dar a los efectos indirectos e, incluso a los directos provenientes de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales con los propios de la nulidad. O, en todo caso, debieran hacerlo, pues la degradación del fundamento constitucional de la prueba ilícita no debería dar lugar a una consecuencia distinta so pena de privar a la construcción diseñada de coherencia. Además, al privársele de relevancia constitucional, una prueba ilícita, podría ser admitida como tal y pertinente en todo caso y ser practicada en el juicio, dada su subsanabilidad y el uso siempre posible de las pruebas derivadas, de modo que la prueba ilícita se traduciría en una mera prohibición de valoración prohibida, pero no de utilización a cualquier otro efecto. El problema, entre los muchos que cabe apreciar en este posicionamiento si se lleva a sus consecuencias inevitables, es que ni siquiera se podría explicar por qué el Tribunal Constitucional es competente para la apreciación del uso procesal de una prueba ilícita, cuando nunca lo es para analizar vulneraciones de la legalidad ordinaria que no infrinjan derechos constitucionales. Y aún entendiendo que una ley pueda establecer otro régimen diferente, es claro que éste puede optar por soluciones que no tendrían que ajustarse a exigencias insuperables, como sucedería de aceptar un fundamento constitucional.³

Esta teoría o bloques de teorías, pues tienen diversas ramificaciones, no es ni ha sido nunca aceptada plenamente por la legislación y la jurisprudencia española, que han optado por asumir fundamentos constitucionales desde un primer momento. La prueba evidente de ello es que el TC, antes de la regulación expresa de la prueba ilícita en el art. 11,1 de la LOPJ, estimó que la no recepción de pruebas ilícitas, no sólo su no valoración, se basaba en criterios constitucionales. De haber sido el fundamento de la prueba ilícita exclusivamente legal, el TC, como ya se había hecho anteriormente, no habría formulado sus conclusiones como lo hizo. Y, así, los seguidores de las posiciones doctrinales antes señaladas, se ven en la obligación de mostrarse críticos con aquella sentencia, rechazando sus conclusiones, pues estas últimas por sí solas contradicen la degradación constitucional de la institución⁴. La STC 114/1984, como es perfectamente sabido, estimó que no existe, en verdad, un derecho autónomo en la Constitución que declare la no receptibilidad de la prueba ilícita, pero sí cabe deducir esta misma consecuencia del sistema de derechos fundamentales establecido en la misma Constitución, dado su valor proferente, de modo que, incluso, llega a calificar a la prueba ilícita como prueba impertinente, lo que implica, derechamente, su inadmisibilidad como tal y su práctica a través de cualquier medio probatorio. Es obvio y en ello hay que dar razón a los que estiman que la impertinencia es un concepto perfectamente elaborado y que la ilicitud probatoria es ajena al mismo, pues nada tiene

³ Es tal vez DE LA OLIVA SANTOS, A; Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. En "La prueba ilícita en el procedimiento penal" México- España-Argentina-Brasil. México DF 2007, Pags. 20 y ss. quien mantiene una posición más claramente opuesta a reconocer fundamento constitucional a la prueba ilícita, formulando una crítica seria a la STC 114/1984 del TC y asentándola en la legalidad ordinaria, concretamente en la LOPJ. En el mismo sentido GONZÁLEZ GARCÍA; J; El proceso penal español y la prueba ilícita, publicado en la misma obra antes citada. Pag. 37.

⁴ La crítica de DE LA OLIVA se centra en los siguientes argumentos: la posición preferente de los derechos fundamentales no exige privar de valor procesal a los instrumentos pertinentes y útiles. El término "inviolable" añadido a los derechos fundamentales se usa en la Constitución de modo retórico. La nulidad de los actos violatorios no implica necesariamente que carezcan de todo efecto sus posteriores derivaciones. Los actos nulos son subsanables.

que ver con su carácter eminentemente objetivo⁵, que el TC no acude a dicho concepto técnico procesal para cualificar de impertinente a la prueba ilícita, sino a uno constitucional, que como tal afirma existir y con contenido no coincidente. Esta labor podrá ser criticable, pero es perfectamente posible y, desde luego, eficaz para evitar el ingreso en el juicio oral de pruebas ilícitas.

En este sentido, aquella sentencia, dotaba de un evidente fundamento constitucional a la prueba ilícita, con el importante añadido de que reconocía la inexistencia de un derecho constitucional expreso del cual derivara esta consecuencia. O, en definitiva, aceptaba que la ausencia de reconocimiento explícito no era obstáculo para atribuir naturaleza constitucional a la prohibición de uso y valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. De esta manera se venía a afirmar que la prohibición de efectos radicaba en el propio derecho y derivaba de su proclamación constitucional, así como del derecho a la prueba pertinente. En efecto, dicha sentencia estableció que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida “*deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables*”. Una vez regulada en la LOPJ, el TC, lejos de considerar creación de la ley la obtención de pruebas ilícitas, la fundó en el derecho al proceso con todas las garantías y en ocasiones en el derecho a la presunción de inocencia, con lo cual venía a dar a la institución un fundamento constitucional añadido al que anteriormente, en la Sentencia 114/1984, había perfilado.

El TC español nunca ha reconocido, es cierto, la existencia de un derecho autónomo a la no admisibilidad de las pruebas ilícitas, pero sí ha fundamentado esta consecuencia en diversos derechos fundamentales que, mediatamente, pues, le otorgan y confieren un valor constitucional, pues son directamente invocables cuando se infringen en los correspondientes procesos de amparo, así como elevan el reconocimiento de la ineficacia derivada de infracciones probatorias constitucionales más allá de un mero significado legal. Así, el fundamento en el que ordinariamente se basa el TC es hallado en el derecho a un proceso con todas las garantías, el proceso debido y la igualdad (SsTC 49/1996, 26 marzo; 50/2000, 28 febrero; 69/2001, 17 marzo entre otras muchas). Por el contrario, no existe una clara inclinación por encontrar en el derecho a la presunción de inocencia la base de la ilicitud probatoria, toda vez que el ámbito de operatividad de este derecho permite la condena sobre la base de elementos independientes del afectado por el vicio derivado de la vulneración de derechos (STC 81/1998, 2 abril). No obstante esta última opinión, si se parte de la consideración objetiva del derecho a la presunción de inocencia, que pone el acento en su acepción de actividad, más que en su resultado, es razonable afirmar que cualquier condena que se base en una prueba ilícita afecta a dicho derecho, pues no puede tener encaje en el concepto de actividad probatoria.

Esta posición, a diferencia de la anterior, por el rango que confiere a la ilicitud probatoria, determina diversas consecuencias no coincidentes o, al menos, cierra el marco de disponibilidad del legislador y de los tribunales, que no son tan libres en el desarrollo de la figura. En primer lugar, ubica la ley de desarrollo en un lugar subordinado a la Constitución, de manera que, como consecuencia del llamado principio

⁵ GONZALEZ GARCÍA, J; Op. Cit. Pag. 39.

de legalidad, la ley no puede limitar el derecho en su contenido esencial. Los tribunales, del mismo modo, toda vez que carecen de competencia para establecer límites no establecidos en la ley expresamente, no están facultados para reducir la operatividad de la norma más allá de su dicción literal, debiendo interpretar las contradicciones siempre de modo favorable a la vigencia de los derechos. En segundo lugar, obliga a diferenciar una figura con rango constitucional de otras similares pero infraconstitucionales, lo que significa que la ilicitud probatoria no podrá ser asemejada a la nulidad de los actos procesales en todos sus aspectos, máxime cuando la ley de desarrollo establece otros distintos. En tercer lugar, en consecuencia, aunque la ley guarde silencio, deberán establecerse cauces oportunos para su alegación y apreciación, que aseguren la ineficacia real y que eviten la producción de efectos de lo que es nulo por imperativo constitucional. En este sentido, hay que tener en cuenta que el derecho a la igualdad impide situaciones que pudieran colocar al afectado en la obligación de procurar actos en su defensa innecesarios de haberse decretado la ilicitud en su momento oportuno.

Es por todo lo expuesto, por lo que llama la atención que el propio TC, que había forjado su teoría sobre una base constitucional, considerando la LOPJ como mero desarrollo del derecho, como norma que delimitaba no tanto su ejercicio, sino los límites que se imponían al Estado para su aplicación, complicó en extremo su propia posición al abrir paso a la denominada teoría de la conexión de antijuridicidad. Porque, si los derechos solo son limitables mediante ley orgánica, nunca por la jurisprudencia, difícilmente podía el TC restringir el ámbito de operatividad de la LOPJ mediante creaciones que lo reducían, pues ello naturalmente implicaba una infracción patente de la misma Constitución. Si el fundamento de la prueba ilícita es de rango constitucional, sea directamente derivado de cada derecho por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico y porque su eficacia precisa de esta protección que los convertiría, en caso contrario, en meras declaraciones programáticas, o lo sea del derecho al proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, la ley que lo regula no es una ley de reconocimiento y desarrollo, sino de límites, no pudiendo los mismos nunca superarse por el Estado, ni tampoco ser ampliados por la jurisprudencia. La teoría de la conexión de antijuridicidad, en suma, introduce un elemento de duda acerca del fundamento de la prueba ilícita, de su rango constitucional o meramente legal. La ley, la LOPJ, en este sentido impide o se opone a la teoría del TC que no puede ser calificada de mera interpretación y que de serlo excede de sus competencias al limitar derechos proclamados de forma expresa.

Porque, una cosa es el margen de discrecionalidad que otorga el principio de proporcionalidad y atender a la finalidad que persigue la prueba ilícita y otra es exceder dicho principio cuando una norma define claramente sus fronteras, así como establecer fines diferentes a los que derivan de dicha norma y situarlos en una posición preferente incluso a los mismos derechos salvaguardados. El principio de proporcionalidad sirve para delimitar el contenido esencial de los derechos de forma que se adecuen a las diversas situaciones impidiendo tanto la impunidad, como el excesivo poder del Estado en la investigación. La flexibilidad que concede es vital para el funcionamiento adecuado del proceso penal democrático. De la misma manera, cuando la prueba ilícita tiene un fundamento constitucional y la ley de desarrollo no especifica otros fines, es razonable pensar que no puede la jurisprudencia introducir elementos valorativos ajenos a ese ordenamiento que, por otra parte ya incorpora la propia figura de la prueba ilícita, cuya existencia misma importa una respuesta de disuasión a los órganos de persecución

penal. Si la prueba ilícita se fundamenta en el debido respeto y la posición de los derechos fundamentales, no se puede degradar la misma atendiendo a criterios funcionales que ni la Constitución, ni la ley declaran. O, al menos, cabe cuestionarse la legitimidad del TC para actuar como paralegislador limitando lo que su función le obliga solo a preservar.

3. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. BREVE REFERENCIA.

Como se ha podido apreciar desde un primer momento, el objeto del presente trabajo se concreta en el análisis de aspectos muy concretos de la prueba ilícita y, en especial, del derecho al secreto a las comunicaciones privadas. Un desarrollo de la intervención de las comunicaciones que pretendiera ser global de todo lo que significa, sería en exceso arduo y poco útil habida cuenta la abundante literatura ya existente al respecto. Se ha considerado, pues, conveniente, ceñir el estudio a las dos cuestiones señaladas anteriormente, cuales son las diferencias entre prueba ilícita e infracciones constitucionales procesales y nulidad de los actos procesales y el procedimiento para denunciar o decretar la ilicitud probatoria. A estos dos elementos centrales de la reflexión, hay que sumar ahora un breve comentario relativo a la intervención de las comunicaciones que sirva a los fines de coadyuvar en el análisis de su objeto, así como, al final, una referencia al efecto reflejo de la prueba ilícita, dado el especial interés que esta cuestión tiene en el ámbito del derecho estudiado.

A) La intervención de las comunicaciones. Su función en el proceso penal.

La intervención de las comunicaciones, especialmente aún hoy en día las telefónicas, constituyen un método de investigación que ha demostrado su eficacia contrastada cuando se trata de determinar delitos de cierta entidad y cualidad y los sujetos que los cometen, muchas veces formando parte de tramas organizadas, cual sucede en los casos de corrupción⁶. Es por tal razón, por su idoneidad para el descubrimiento de la delincuencia en la que se ven envueltos funcionarios públicos, así como personas de alto nivel económico, por lo que esta medida es en muchas ocasiones objeto de un rechazo casi histriónico y que los tribunales no dudan en asumir bajo una apariencia de protección constitucional que resulta desproporcionada en relación con muchos asuntos en los que se actúa de forma diferente.

Para evitar que la impunidad pueda de alguna manera penetrar en el ámbito del proceso penal, es obligado actuar con sumo cuidado e interpretar los requisitos de esta injerencia en el ámbito de los derechos con atención, de manera que, respetando el contenido esencial de los mismos, no se magnifiquen las exigencias incurriendo en simple formalismo. Una cosa es, pues, exigir la verificación de los requisitos sustanciales de un derecho, que son inalienables y otra bien distinta exagerarlos procurando directamente la impunidad de quienes, por ostentar poder, deben responder

⁶ -SANMARTIN CASTRO, César Eugenio.-El procedimiento penal por delitos contra la Administración pública. En "Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales". Lima 2002. Pag. 311.

de sus actos, antes que beneficiarse de las ventajas que el Estado de derecho, aquel que deben administrar en nombre de los ciudadanos, procura.

De esta manera, cabe decir que el derecho al secreto de las comunicaciones no es superior al resto de los derechos, sino igual a los demás, siendo así que en el ámbito de su protección deben imperar los mismos requisitos generales que informan la actuación del Estado en la investigación penal, incluyendo los que, de modo particular, sean de aplicación. Pero, no más que en las demás situaciones y por supuesto siempre atendiendo al principio de proporcionalidad que debe procurar un marco de juego suficiente para combinar la investigación y evitar la impunidad de personas, funciones y delitos.

Ello no significa tampoco que ciertos sujetos deban automáticamente ser privados de la titularidad de sus derechos, ya que no es posible ni deseable hacerlo y menos en el ámbito de la política, donde las reglas que imperan no siempre son coherentes con las exigencias éticas. Los requisitos esenciales de los derechos y los presupuestos básicos que se demandan para su restricción son inderogables. Lo que se quiere decir es que, fuera de ellos, no pueden establecerse otros que hagan toda investigación ineficaz y conduzcan invariablemente a la nulidad de lo actuado. Que se eluda todo formalismo y que no se sancionen requisitos que, en realidad, ningún valor tienen más allá que de dificultar la investigación.

B) El derecho al secreto a las comunicaciones.

Este derecho, consagrado en el art. 18 de la Constitución española y en el art. 2,10 de la Constitución peruana, persigue la protección objetiva de la libertad de comunicarse con otras personas sin límite alguno, tanto en lo que afecta al contenido de la conversación, cuanto a la propia existencia de la misma y la identidad de los intervinientes en ella. Se trata de un derecho, pues, con un contenido eminentemente formal u objetivo, pues tiende a tutelar a los comunicantes frente a cualquier injerencia de terceros en su ámbito de libertad. El núcleo esencial del derecho reside precisamente aquí, en la evitación de la intromisión de terceros ajenos, siendo por tanto la prohibición absoluta de su uso en el ámbito del proceso y la ineficacia en cualquiera de sus fases la consecuencia inevitable de una intervención ajena en un espacio reservado.

No se afecta el derecho, obviamente, cuando es uno de los comunicantes el que usa de la conversación o mensaje, pues, por su propia naturaleza, el que interviene y recibe datos del otro, deja de estar en situación de secreto respecto de la comunicación en su conjunto. Voluntariamente una parte ha roto el secreto comunicando a otra una noticia de cualquier contenido⁷.

De esta manera, toda interceptación de comunicaciones realizada por un tercero, salvo la que derive de una resolución judicial en el seno de un proceso, constituye un supuesto de prueba ilícita, aunque se haya obtenido antes y al margen de un proceso, pues la consecuencia en este último caso será la interdicción de su incorporación a aquel bajo

⁷ SsTS 30 de mayo de 1995. 17 junio 1999.

ninguno de los medios de prueba admitidos, directa o indirectamente y aunque éstos se practiquen conforme a las exigencias legalmente establecidas en la norma.

Esta prohibición de uso no es el efecto de ningún juicio acerca de la fiabilidad de los resultados, elemento este que no forma parte de la prueba ilícita, sino que deriva del obligado respeto al contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones. Que la grabación sea más o menos fiel a la realidad o que pueda haber sido manipulada, es cuestión que forma parte de la valoración del medio probatorio, una vez aportada la fuente de prueba al proceso, siendo así que dicha aportación exige un previo análisis de sujeción a las exigencias constitucionales.

En tanto el objeto del derecho consiste en la preservación del secreto, es evidente que no puede circunscribirse meramente al contenido de las comunicaciones, sino que debe extenderse a la propia existencia de las mismas y a la identidad de los comunicantes⁸. El TC⁹ así lo ha estimado al considerar que este derecho comprende la protección de la existencia de la comunicación, de su propia realidad, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la misma. De esta manera se intensifica la protección de un derecho que, dados los avances técnicos, puede verse seriamente afectado por la intervención de entidades mercantiles diseñadas, precisamente, para indagar en las comunicaciones ajenas mediante instrumentos específicamente dispuestos a tales fines, por otra parte poco onerosos y enormemente perjudiciales para la convivencia democrática. El Estado, por tanto, ha decidido reaccionar de manera decidida evitando conductas intolerables y sancionando con la ineficacia lo que estas entidades mercantiles puedan conseguir mediante su ilegal e inmoral trabajo.

Por comunicación, pues, que recae bajo la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, ha de entenderse toda forma de contacto con otros que suponga el uso de un medio interpuesto. Y así, cabe incluir aquí las postales, telegráficas, telefónicas o informáticas, mediante el correo electrónico y el resto de mecanismos a través de los cuales se consiga transmitir información entre sujetos.

C) Requisitos para la restricción válida del derecho al secreto de las comunicaciones.

Los derechos fundamentales despliegan su eficacia en el proceso penal de manera tal que sirven de punto de equilibrio entre la inalienable defensa de la libertad y el ejercicio de sus potestades investigadoras por parte del Estado. Son estos derechos un límite infranqueable que actúa como salvaguarda de los ciudadanos frente al Poder, de modo que ya es lugar común afirmar que el Estado no puede investigar a cualquier precio. Pero, esta afirmación no significa que dichos derechos sean absolutamente invulnerables, ya que, a salvo el que protege la vida, todos ellos son limitables en el curso de una investigación, siempre que en todo caso se respete su contenido esencial, con arreglo a determinados requisitos, legalmente o constitucionalmente establecidos y

⁸ Vide CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J.M; Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones. Diario La Ley. Núm. 7573. 21 febrero 2011.

⁹ STC 123/2002. 230/2007, 5 noviembre. 26/2006, 30 enero.

que son garantía, precisamente, del mencionado contenido esencial que en cualquier situación ha de permanecer inmune frente a toda invasión. Siendo el fundamento de la prueba ilícita de naturaleza constitucional como se ha sostenido, todo ataque a estos presupuestos generará la ineficacia de lo obtenido directa o indirectamente, sin posibilidad alguna de subsanación a diferencia, pues, de lo que acaece cuando la prueba es practicada afectando al también constitucional derecho a la presunción de inocencia o con infracción de los requisitos propios de los actos procesales generadores de nulidad infraconstitucional.

De esta manera, es imprescindible desde este momento dejar sentado que no toda irregularidad producida en la ejecución de las intervenciones telefónicas se puede encuadrar en el ámbito de la ilicitud probatoria, sino solo aquellas que atenten a los presupuestos que constituyen el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, cuales son la habilitación legal y la necesaria autorización judicial motivada, que contiene a su vez el control judicial de la ejecución de la medida y el principio de proporcionalidad¹⁰. Estos requisitos se van a agrupar en dos, toda vez que el juicio de proporcionalidad tiene importantes conexiones con la necesidad de una resolución judicial de contenido determinado¹¹.

a) El principio de legalidad procesal. La necesaria habilitación legal para la restricción de derechos fundamentales.

Es doctrina constitucional constante y pacífica, que en España, cualquier limitación de derechos fundamentales exige la preexistencia de una norma, con rango de ley orgánica (art. 81 CE), que habilite la restricción, ley que ha de reunir, además, las características de accesibilidad y previsibilidad tendentes a evitar cualquier desprotección de los ciudadanos frente al Estado (SsTC 86/1995, 6 junio; 49/1999, 5 abril; y, 138 /2002, 3 junio)¹². La jurisprudencia, como es perfectamente sabido, no tiene el carácter de norma habilitante a tales efectos, pues no constituye fuente del derecho susceptible de crear normas que puedan justificar constitucionalmente la restricción de derechos. Como se afirma por el TEDH en su sentencia dictada en el ya citado asunto HUVIG Y KRUSLIN, la jurisprudencia podría equipararse a la ley y servir para habilitar la restricción de derechos solo en el supuesto de que la misma no fuera fragmentaria y se hubiera dictado con anterioridad a la intromisión en el derecho. De ello se infiere, por tanto, que la jurisprudencia solo alcanza ese rango legal en los sistemas de derecho anglosajón, no en los de derecho continental en los que las sentencias se limitan a aplicar la ley a un caso concreto, siendo siempre, pues, limitadas al supuesto fáctico,

¹⁰ Vide SsTC entre otras muchas 85/1994; 14 marzo; 49/1999, 5 abril; 239/1999, 20 diciembre.

¹¹ Los arts. VI y 230 del NCCP peruano recogen todas estas exigencias de forma expresa.

¹² Vide SsTEDH Sunday Times, de 26 de abril de 1979; Silver, de 25 de marzo de 1983; Malone, de 2 de agosto de 1984; Huvig y Kruslin, de 24 de abril de 1990. Ver análisis de este presupuesto en ASENSIO MELLADO, J.M: Los derechos contemplados en el art. 8º del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950. En "Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". Valencia 1998. Pags. 139 y ss.

nunca enunciativas de criterios generales y abstractos y, además, pronunciadas tras el acaecimiento de los hechos, nunca con vocación de preverlos. La jurisprudencia puede, en el marco de una ley de autorización, reducir la operatividad o conforme al principio de proporcionalidad, pero nunca avalar lo que la ley expresamente no permite. E, incluso, toda restricción de eficacia debe ser reputada nula si excede de la expresión literal de la ley y de su posible marco de interpretación, ya que los Tribunales carecen de legitimación democrática para legislar y están sujetos, todos, a la ley. Por tanto, si no existe una norma que posibilite una restricción, no pueden los Tribunales excepcionar o restringir un derecho en caso alguno. En este sentido la STC 184/2003, de 23 de octubre es suficientemente clarificadora:

“Como este Tribunal recordó en la STC 49/1999, de 5 Abr, «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal». Y proseguimos: «[e]sa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981 (LA LEY 6271-JF/0000), 34/1995 (LA LEY 13034/1995), 47/1995 (LA LEY 13047/1995) y 96/1996 (LA LEY 7807/1996)) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas»”

“Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la «ley» en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales STC 169/2001, de 16 Jul”.

De este modo, los tribunales no pueden establecer limitaciones en los derechos que no estén expresamente previstas en una ley o sea posible entender mediante una labor ordinaria de interpretación, ya que las leyes que regulan derechos no son normas de reconocimiento de éstos, sino de límites para el Estado. De la misma manera, en caso de laguna o de contradicción, la interpretación de la norma habrá de ser siempre favorable al ejercicio del derecho, pues una interpretación que lo restringiera sería equivalente a una autorización no permitida por la Constitución. Insistimos aquí, como luego se verá, en nuestro frontal rechazo a la teoría de conexión de antijuridicidad que tal vez ni siquiera podría prosperar con una reforma legal si se mantiene un fundamento constitucional de la prueba ilícita o prohibida.

b) El principio de proporcionalidad. La necesidad de una resolución judicial motivada, previa la apreciación de indicios frente al sujeto pasivo de la medida y en el marco de una actuación judicial. Control judicial de la ejecución.

La restricción del derecho al secreto de las comunicaciones por cualquier medio tecnológico, requiere de la existencia de una previa resolución judicial, motivada suficientemente de forma que acoja una explicitación de los requisitos propios del juicio de proporcionalidad y que tenga carácter objetivo, es decir, que impida investigaciones indiscriminadas. De igual manera, toda injerencia en el ámbito del mencionado derecho impone un control judicial sobre la ejecución de una medida que, normalmente, es encomendada a terceros.

La resolución judicial que autoriza una restricción del derecho ha de incorporar un juicio valorativo acerca, no sólo de la oportunidad, sino también de la necesidad de la injerencia, toda vez que sólo es posible limitar derechos cuando esta actividad se justifica en un fin no sólo posible o conveniente, sino necesario o imprescindible y cuando no se pueda prescindir del medio utilizado. No basta con que la injerencia sea útil¹³. Siempre debe tenderse a investigar por el cauce de aquellos procedimientos que sean menos agresivos a los derechos y únicamente acudir a éstos cuando el uso de alternativas no ofrezca los mismos resultados.

Dicho juicio ponderativo ha de explicitar, igualmente, el resto de elementos que conforman el examen de proporcionalidad, así como, y esto es esencial, permitir un control posterior, toda vez que, por su propia naturaleza, el derecho de defensa no puede ejercitarse durante la ejecución de la intromisión¹⁴.

-En primer lugar, la resolución judicial ha de contener los presupuestos que pueden considerarse habilitantes desde una perspectiva material, es decir, los indicios de la comisión de un hecho delictivo¹⁵, así como la imputación de quien se considera autor de los mismos, el sujeto, pues, de la medida. Por indicios, como es evidente, no puede entenderse la concurrencia de una mera sospecha o valoración subjetiva sin apoyatura real, sino, por el contrario, la existencia de hechos de los que racionalmente se pueda inferir la comisión de un delito y la autoría de aquel cuyas comunicaciones se interceptan. No cabe duda alguna de que solo puede ser objeto de una intervención en sus comunicaciones quien puede ser calificado como imputado. Que este tipo de medidas se extiendan a los terceros que comunican con el sujeto de ellas, no puede significar que se ordenen respecto de quienes no tienen la cualidad de imputados.¹⁶

Las sospechas y este dato es relevante, han de existir al momento de la adopción de la restricción, toda vez que el Juez que la autoriza debe valorarlas y fundamentar en ellas su decisión. En estas restricciones, como en cualesquiera otras de derechos fundamentales, no son aceptables las investigaciones meramente prospectivas¹⁷.

Consecuencia directa de estos requisitos, es la imposibilidad de basar la resolución judicial en una denuncia anónima, por muy fundada que ésta pudiera estar, ya que, aunque contuviera datos suficientes, concretos y singulares, no serían bastantes para asentar en ellos un juicio de proporcionalidad que colmase las exigencias constitucionales. Como sostiene el TC en su Sentencia 184/2003, de 23 de octubre, un escrito anónimo *“no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata*

¹³ STC 14/2001, 29 enero.

¹⁴ Vide al respecto de este requisito. GIMENO SENDRA,V; Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Diario La Ley. Núm. 4024. 26 abril 1996. CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO,J.M; Presupuestos iniciales de la intervención de las comunicaciones. Diario La Ley. Núm. 7573. 21 febrero 2011. SÁNCHEZ GARRIDO,J.A; Motivación de la resolución judicial. Diario La Ley. Núm. 7573. 21 febrero 2011. Vide el art. VI del NCPP peruano.

¹⁵ STC 49/1999, 5 abril.

¹⁷ Vide SÁNCHEZ GARRIDO. Op. Cit.

sino que, en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de los hechos delictivos y la implicación de las personas a las que en el mismo se atribuye la comisión”.

De ello se infiere con meridiana claridad que una interceptación de las comunicaciones jamás puede ser la primera medida de investigación, porque, por sus propias exigencias se ha de basar en datos indiciarios que le sirvan de soporte. Si dicha investigación se inicia con una interceptación telefónica es evidente que carecería de motivación suficiente, siendo y alcanzando la nulidad derivada de la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. **Por ello, no es posible tampoco abrir un proceso sobre la base de una grabación ilegítima, toda vez que la resolución que ordene hacerlo habrá de apoyarse necesariamente en un acto ilegítimo y que nunca podría haberse dictado en un procedimiento. Si en el marco de un proceso penal no sería nunca posible dictar una interceptación de las comunicaciones como primera medida de investigación, menos puede admitirse abrir el proceso mismo sobre la base de una grabación absolutamente ilícita. Máxime cuando la ilicitud es evidente desde el momento mismo de la recepción del soporte por el órgano judicial cuya conducta debería consistir, necesariamente, en el rechazo de plano de este tipo de material.**

Obviamente, esta posición no es predicable en aquellos casos en que la grabación ha sido realizada por uno de los comunicantes, ya que en tal supuesto la interceptación sería plenamente lícita por no afectar al derecho al secreto de las comunicaciones. Abrir un proceso sobre la base de grabaciones realizadas por uno de los comunicantes es perfectamente posible, sin que sean de aplicación los requisitos aquí enunciados que solo tienen eficacia cuando de intromisiones ilícitas se trata.

-En segundo lugar, toda interceptación de las comunicaciones, por la especial gravedad que reporta en el ámbito de los derechos, debe ceñirse a la investigación de delitos de una determinada entidad. Este límite viene en ocasiones establecido por la propia legislación ordinaria que suele acudir a un doble aspecto, cualitativo y cuantitativo, justificativos ambos de las restricciones¹⁸.

Pero, cuando la ley no establece expresamente este límite, ha de ser la jurisprudencia la que lo haga, estando facultada y obligada a ello en atención al principio de proporcionalidad y en tanto esta labor supone un reconocimiento del ámbito de eficacia del derecho, que es protegido en mayor medida que con el silencio legal permisivo de cualquier intromisión, exactamente lo contrario que sucede cuando la jurisprudencia reduce la eficacia de los derechos en relación con la propia ley de desarrollo. En España, habida cuenta la parquedad del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las escuchas telefónicas han sido limitadas por la jurisprudencia a los solos casos de delitos graves. Como es perfectamente sabido, el TEDH (Ss. 30 de julio de 1998 y 18 febrero de 2003) advirtió de la inconstitucionalidad de este precepto dada su falta de precisión, especialmente en lo referido a la proporcionalidad, decisiones éstas

¹⁸ GIMENO SENDRA. Op. Cit. El art. 230 NCPP peruano establece este límite en cuatro años de privación de libertad.

analizadas por el TC que en su sentencia 49/1999, de 5 de abril, avaló la norma, si bien la ciñó al canon de proporcionalidad, es decir, justificándola sólo en aquellos casos en que las medidas adoptadas persiguieran un fin legítimo, amparado por la ley (habilitación legal expresa) y el sacrificio en los derechos fuera estrictamente necesario. De este modo, las escuchas telefónicas sólo pueden ser dispuestas para la investigación de delitos graves, por su penalidad o naturaleza, nunca para infracciones delictivas que no alcancen esta entidad (SsTC 49/1999, de 5 de abril; 122/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 146/2006, 8 mayo). Nunca, pues, cabe una intervención telefónica para el descubrimiento de infracciones penales no graves, ni, obviamente, para indagar en ilícitos administrativos cualquiera que sea su entidad.

-En tercer lugar, como ya se ha indicado, se han de indicar y relacionar de modo explícito los sujetos afectados por la interceptación, que deben haber adquirido la cualidad de imputados, así como los hechos objeto de investigación y los instrumentos intervenidos. La consecuencia directa derivada de esta exigencia es que únicamente podrán ser utilizados los conocimientos que se adquieran y que tengan relación con el hecho investigado. No obstante, como es sabido, los hallazgos casuales pueden ser también útiles cuando se verifiquen determinadas condiciones. En este sentido, si la ley no establece tales presupuestos, deberá respetarse siempre el canon de proporcionalidad, es decir, solo admitir aquellos hallazgos casuales que respondan a una gravedad delictiva similar a la exigible para ordenar una investigación autónoma, ya que no es razonable dotar de efectos procesales a hallazgos que nunca podrían haber sido objeto de una interceptación independiente¹⁹. Pero, además, se exigen otras garantías en la actuación de los órganos de investigación penal y en los judiciales tendentes a asegurar el debido control judicial de la ejecución y la buena fe. En este sentido, en el momento en que en el curso de una intervención telefónica aparezca una ampliación fáctica o subjetiva, la Policía debe ponerlo en conocimiento inmediato del Juez competente, a los efectos de que éste valore la proporcionalidad de lo hallado (ATC 400/2004, de 27 de octubre), ordenando el cese de las interceptaciones respecto de estos hechos y sujetos y, previa su valoración, proceder a ampliar la resolución judicial o deducir testimonio para ante el tribunal competente (STS 18 junio 1999). La petición de prórroga o su emisión no pueden sustituir nunca a la nueva resolución, autónoma, o al testimonio, siendo nulos los hallazgos que no hayan sido avalados por medio de una resolución judicial independiente (STC 138/2001, de 18 de junio). El acuerdo de prórroga, por tanto, no equivale a una resolución judicial habilitante. La nulidad de lo así obtenido la establece de forma expresa el TC en su Sentencia 49/1996, de 26 de marzo.

Sería conveniente, no obstante lo dicho, replantearse algunos de los requisitos que la jurisprudencia ha venido demandando en relación con este tipo de exigencias de especialidad en la ordenación de intervención de las comunicaciones. No hay duda alguna de que la determinación del sujeto y de los hechos ha de permanecer, pues circunscribe la medida a un ámbito subjetivo y objetivo que asegura y evita la arbitrariedad y pone en riesgo el juicio valorativo específico que justifica una restricción de derechos. No puede decirse lo mismo en la actualidad respecto de la mención concreta de un número de teléfono o una IP de ordenador, toda vez que los avances

¹⁹ SsTS 26 de septiembre 1997; 18 junio 1999.

técnicos han introducido tal amplitud de medios técnicos que una persona puede utilizar para comunicarse, que ceñir el acto de investigación a uno concreto significa asumir explícitamente el hallazgo solo parcial de resultados. Si hace escasos años una persona solo disponía de un teléfono particular y, en su caso, uno profesional, perfectamente identificados, hoy en día es ordinario en ciertos ambientes laborales o profesionales disponer de varios teléfonos móviles, algunos adquiridos mediante el pago de tarjetas no siempre fáciles de identificar a pesar de las demandas legales, así como ordenadores personales desde los cuales es posible realizar todo tipo de comunicaciones. La realidad impone, pues, ser en exceso cauto con una exigencia que la técnica ha superado y, tal vez, sería oportuno permitir en las resoluciones judiciales que no fuera un requisito determinante el señalamiento explícito del medio que hubiera de interceptarse, permitiéndose a quienes debieran ejecutarlo ampliar la medida a todos los que el sujeto tuviera a su alcance, siempre, naturalmente, que se mantuviera el oportuno control judicial y que el órgano jurisdiccional avalara la decisión o pudiera rechazarla²⁰.

De la misma forma, la resolución judicial ha de señalar la duración de la medida, lo que es compatible con su prórroga si la ley lo autoriza y subsisten motivos suficientes que se plasmen en la decisión que así lo decida.

-En cuarto y último lugar, es necesario que la ejecución de la restricción se someta a un estricto control judicial. No basta con pronunciar una resolución que inicialmente habilite la interceptación de las comunicaciones, siendo exigible un control efectivo de las mismas durante su desarrollo y en el momento de su cese. El control que forma parte del derecho al secreto de las comunicaciones y que genera ilicitud probatoria se ha de producir a lo largo de toda la ejecución de la medida, desde su inicio y hasta el final o su conclusión. A título no exhaustivo, este control abarca la resolución judicial inicial, el señalamiento de la duración de la medida y su reducción, así como el acuerdo de las sucesivas prórrogas y los motivos justificativos de ellas en su caso, la posible ampliación de la resolución a diversos sujetos y hechos, las decisiones acerca de los hallazgos casuales, la valoración de los resultados a los fines de mantener, revocar o modificar la medida y, en fin, a la orden de cese de la actividad.

La infracción de estos requisitos es motivo de ilicitud probatoria, ya que el control judicial, paralelo a su autorización, forma parte del contenido esencial de los derechos y alcanza rango constitucional²¹.

Cuestión distinta, aunque a veces se producen confusiones, es la referida a la incorporación de los resultados obtenidos al proceso, así como a la práctica del medio probatorio a través del cual se canalizan las informaciones conseguidas. Dicha incorporación se sujeta también a requisitos, cuya exigencia se produce siempre que la medida ha cumplido los estrictamente constitucionales y cuya naturaleza puede afectar a

²⁰ En este sentido, cabe destacar que el art. 230 NCPP peruano no exige que se identifique en todo caso el número del teléfono interceptado, únicamente cuando es posible hacerlo, lo que permite un mayor y más razonable acuerdo con eficacia real y menor riesgo de nulidades artificiosas.

²¹ SsTC 49/1996, de 26 de marzo; 121/1998, de 15 de junio; 171/1999, de 27 de septiembre. Circular FGE 1/1999, de 19 de diciembre, sobre intervención de las comunicaciones en el seno de los procesos penales.

la legalidad meramente ordinaria o al derecho a la presunción de inocencia. En todo caso, en ambas situaciones, la vulneración generaría la nulidad de lo actuado, pero no impediría su incorporación por otros medios incluso dependientes del originario en los términos que se analizarán en un epígrafe posterior.

En este sentido, no constituyen ilicitudes probatorias, todo lo referido a la aportación de las grabaciones originales al margen, pues, de su credibilidad o valor como prueba de cargo; tampoco la transcripción íntegra o de lo más relevante cuando la prueba se realice sobre esa base, pues perfectamente puede llevarse a efecto la audición de lo grabado sin que sea plasmado por escrito; para el caso de haberse realizado una transcripción, la misma debe haber sido cotejada por quien goza de la fe pública procesal; es exigible que los originales estén siempre disponibles para las partes, ya que este requisito es esencial para que aquellas puedan cuestionar la autenticidad o la completud de las grabaciones; y, en fin, también forma parte de este grupo de exigencias todo lo relativo a la reproducción de las grabaciones en el acto del juicio, por medio de la lectura de las transcripciones o mediante la audición de las grabaciones o, incluso, mediante la consideración del escrito como documento; son las partes, en definitiva, las que han de establecer la forma de práctica conforme a la ley procesal penal.

Una grabación obtenida sin orden, ni intervención judicial, nunca podrá alcanzar valor probatorio, toda vez que será imposible su cotejo con el original, sin que sea posible ni siquiera determinar si la información anónima o no, recoge la realidad o solo parte de ella y sin que tampoco lo sea llamar al proceso a los comunicantes, toda vez que éstos serían materialización misma de la ilicitud. Cuestión distinta es que se tratara de una grabación realizada por uno de los comunicantes, en cuyo caso la contradicción estaría asegurada mediante su interrogatorio o, incluso, suplida la interceptación mediante la prueba testifical.

4. LA INEFICACIA ABSOLUTA DE LA PRUEBA ILÍCITA. DIFERENCIAS CON EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.

Es común en algunos ordenamientos y no ha sido objeto de un tratamiento suficientemente esclarecedor por parte de la jurisprudencia y la doctrina aunque existan decisiones y opiniones al respecto, hablar de una suerte de principio, al que se denomina de legalidad de la prueba, en el cual, por incorrecta dicción del legislador o por cierta inercia, se suelen incluir diversas realidades que, aun manteniendo elementos comunes, no son totalmente similares, lo que obliga a diferenciarlos para evitar consecuencias, excesivamente frecuentes pero no deseables, en un terreno tan sensible como es el de los efectos de una prueba irregular entendida en sentido amplio.

De tal manera, bajo esta denominación o en preceptos diferentes, es común incluir preceptos directamente referidos a la prueba ilícita, es decir, la obtenida con infracción de derechos fundamentales, a la presunción de inocencia, que tiene aplicación en el momento de la práctica del medio probatorio y los actos dispuestos a tal efecto siempre que se vulneren derechos fundamentales procesales y, en último lugar, a la nulidad de los actos procesales, cuya operatividad se reduce a la infracción de requisitos con rango legal.

Es frecuente, como se ha dicho, que en preceptos destinados a disciplinar la prueba ilícita se haga referencia a la prueba practicada con infracción de derechos (art. VIII NCPP peruano) o que se establezca la nulidad de los actos ejecutados con infracción de derechos fundamentales (arts. 149 y ss. NCPP peruano y 240 LOPJ española), introduciendo una aparente confusión que no tiene necesariamente que ser tal si se interpretan adecuadamente las normas, pero que en ocasiones inducen a error dando lugar a equiparar aquellas figuras de manera opuesta a su naturaleza. Formulado a título de ejemplo, que se aprecie la nulidad de un acto procesal por el hecho de haber prescindido de requisitos esenciales del procedimiento que hayan generado indefensión, aún siendo la no producción de indefensión un derecho constitucional, no tiene por qué causar problemas, siempre y cuando por indefensión se entienda, como así se hace en España, que dicho concepto de indefensión no es equivalente a derecho de defensa, siendo este último un derecho cuya vulneración afecta de modo casi exclusivo a la presunción de inocencia. Esencial, pues, es establecer un marco que permita diferenciar cada infracción constitucional o meramente legal, que no deje espacios sin prever y que a cada acto confiera una protección específica, sin confusiones siempre rechazables que dejan la puerta abierta a una discrecionalidad, muy cercana a la arbitrariedad, en una materia especialmente sensible por los intereses que están en juego.

Entre todas las figuras mencionadas existe un nexo común, esto es evidente, por cuanto su finalidad es coincidente en la pretensión de que la prueba que sirva de base para una sentencia se haya obtenido, practicado y valorado de modo legítimo; pero fuera de esa función general y excesivamente amplia, las diferencias entre todas ellas son perfectamente delimitables. Ni en el régimen -no siempre dispuesto legalmente-, de su apreciación, ni en su declaración, ni en sus efectos, son coincidentes. Confundirlas es causa de graves consecuencias, pues en más ocasiones de las admisibles, tal equiparación se utiliza para restringir o ampliar, discrecionalmente, la efectividad de una concreta medida en un caso o asunto determinado o en grupos de casos constituidos por razón de los sujetos y/o los delitos cometidos. Y esto es más preocupante si cabe en una materia tan sensible, en la que la ciudadanía, poco predispuesta al reconocimiento de derechos cuando de delitos graves se trata o tolerante en otros, como la corrupción, puede ser decisiva junto a la prensa para crear juicios paralelos. Puede resultar y en ocasiones sucede una decisión comprometida la asignación de efectos exagerados a infracciones que no merecen una sanción tan radical como la nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental, cuando el acto lesivo no alcanza tal categoría. Exceder la protección de determinados sujetos puede provocar reacciones en la ciudadanía que conduzcan inexorablemente a la desconfianza en la Justicia. El legislador, pues, ha de extremar el cuidado y mostrarse especialmente diligente en la regulación minuciosa de estos conceptos, en lugar de mantenerlos en una suerte de indefinición que, a la larga, pueda servir para obtener cierta impunidad.

Porque, es lo cierto que es común que la ley y/o la jurisprudencia hablen de nulidad, de ineficacia o de no producción de efectos de todas estas figuras jurídicas; en otras, a su vez, se hace mención a su imposible valoración con fines probatorios, lo que complica en cierto modo, el panorama de la atribución de consecuencias a cada una de ellas. En cualquier caso, y aunque en alguna norma se haga esta referencia, no es posible concluir que en ninguna de las tres situaciones se pueda hablar de simples prohibiciones probatorias, pues lo que se veda es algo más, el uso y la producción de efectos, particulares en cada situación, pero comunes en lo que se refiere a su finalidad de evitar

la extensión de eficacia más allá de lo que se permite en función de su específica naturaleza.

De todo lo dicho, resulta que las coincidencias entre los diversos supuestos que atañen a la necesidad de que la prueba sea legal y constitucionalmente son indiscutibles, pero también es que las diferencias son notables, en todos los ámbitos de apreciación y en los efectos propios, de modo que, dada su confusión en ocasiones propiciada por la escasez normativa, conviene matizar cada uno de ellos a los fines de, sobre esta base, intentar dotarlos de un contenido específico e individualizado.

A) La prueba ilícita. Rasgos generales.

Constituye la prueba ilícita, como es perfectamente sabido, una denominación que hace referencia a una categoría jurídica, con fundamento constitucional, que tiene su origen en la obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos fundamentales de naturaleza material, no procesal. Muchas son las opiniones, como se dijo en páginas anteriores, al respecto de dicho fundamento, gozando a nuestro juicio de más argumentos, aquellas que lo residian en la Constitución aunque no exista un derecho autónomo a la no recepción de tales pruebas.

El fundamento, pues, de la prueba ilícita, en tanto deriva de la posición preferente que ocupan los derechos en el ordenamiento jurídico, no puede ser otro, que la preservación del contenido esencial de cada derecho afectado por la injerencia ilegítima, pues la eficacia del derecho exige, aunque a su vez se verifiquen otros fines accesorios de carácter disuasorio, la ineficacia de las pruebas obtenidas mediante agresiones inconstitucionales.

Pero, a su vez, el TC español, ha fundamentado la prueba ilícita en el derecho al proceso con todas las garantías y, en ocasiones, en el derecho a la prueba pertinente e, incluso a la presunción de inocencia. Esta construcción, que es más compleja, no se opone a la postura que se sostiene, pues puede sobre su base concluirse que constituye el fundamento mediato de la misma.

La prueba ilícita contiene, por tanto, un doble fundamento constitucional, una doble protección. Por una parte, inmediatamente, el derecho vulnerado; por otra parte, mediatamente, el derecho a un proceso con todas las garantías o los demás en su caso y si la infracción se produce al momento de admisión o valoración del medio por el que la prueba se aporta e incide en la condena. Y, en este sentido, entendemos que la presunción de inocencia, dado el carácter también objetivo, aunque no sólo ya hoy, que alcanza este derecho, se vulnera igualmente cuando la prueba como tal es valorada ya que una prueba ilícita no puede entenderse como actividad probatoria suficiente para desvirtuar aquel derecho fundamental. Otra cosa es que si no forma parte del material sobre el que asienta la convicción no sea posible predicar, a la postre, ninguna vulneración de derechos.

No obstante lo dicho, que la prueba ilícita se fundamente mediatamente en el derecho a la presunción de inocencia no debe equipararse a los casos en que este derecho es vulnerado sustancialmente, directamente, lo que sucede cuando se infringen derechos básicos procesales, ya que en estos últimos casos se producirán efectos no coincidentes

con los propios de una prueba prohibida. Especialmente, como se dirá, los referidos a los indirectos o reflejos.

En suma, que la fundamentación de la infracción de derechos materiales en la presunción de inocencia opera en un sentido no equivalente a su vulneración cuando la restricción se produce en derechos de contenido procesal.

De estas afirmaciones resulta ya una división entre esta figura, la prueba ilícita, y otras que funcionan paralelamente y que pudieran confundirse, pues el fundamento mediato, que a veces coincide con los requisitos de ciertos actos procesales o con derechos amparados en otras bases y con efectos distintos, no es el directamente invocable, ni, en primera instancia, el que obliga a declarar la ineficacia, así como tampoco permite interpretaciones que pongan el acento, al momento de declarar sus efectos, en fines distintos a la protección del derecho de forma directa, pues, estos solo pueden ser satisfechos una vez cumplida la exigencia de mantener la vigencia plena del derecho vulnerado.

La prueba ilícita opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, no siendo equivalente, pues, a infracciones que se producen en el momento de admisión de los distintos medios de prueba, a las cuales les son de aplicación otros remedios. Ello, no obstante, no puede significar que los medios sean independientes de la fuente y que si declarada o conocida la ilicitud de una fuente el medio pueda ser incorporado si se practica conforme a sus exigencias constitucionales y legales. Esta posición equivaldría a anular los efectos de la prueba ilícita. Si la fuente es ineficaz por infracción de derechos fundamentales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore al procedimiento, por constituir materialización misma de la ilicitud²².

En este sentido, como se verá, la prueba ilícita no es una mera prohibición probatoria, pues ello significaría confundir siempre la fuente con el medio, dado que lo valorado en todo caso es siempre esto último en tanto sujeto a requisitos determinados; autorizar en toda situación la materialización de la ilicitud carece de fundamento y, sobre todo, significaría privar de sentido a la prohibición de uso, de producción de efectos, por lo que la ilicitud probatoria debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, en cualquier fase del procedimiento y a través de los mecanismos que se analizarán más adelante²³. Y, es más, equiparar prueba ilícita con prohibición de valoración, en tanto toda fuente debe incorporarse al proceso a través de un medio que a la postre se valora, implica una complicación seria derivada de que, al momento de la apreciación de la prueba habría que analizar y discriminar los actos lesivos producidos en el medio como tal y los propios del derecho material vulnerado originariamente. Y, lo que es más grave, en tanto los primeros son subsanables mediante pruebas incluso derivadas, se abriría la puerta a la subsanación indebida de la prueba ilícita.

En resumen, en tanto la prueba ilícita preserva el contenido esencial de los derechos infringidos por medio de ella, ha de extender sus efectos a toda utilización directa o

²² MORENO CATENA, V. Op. Cit.

²³ Vide SAN MARTÍN CASTRO, C; Derecho Procesal Penal. T.II. Pags. 868 y ss. Lima 2003.

indirecta de sus resultados, a cualquier medio que, directa o indirectamente, derive de la misma, ya que, en caso contrario, la eficacia de los derechos no pasaría de una mera declaración retórica, como sucede en la actualidad ante el abuso de la prueba de confesión realizada con meras garantías formales, sin información plena sobre el material probatorio con el que se cuenta y su incidencia efectiva en el proceso²⁴.

Su apreciación, a la vez, debe realizarse de modo autónomo a la del resto de infracciones, en orden a evitar confusiones innecesarias. Y, cuando se pueda invocar un mismo derecho como fundamento de vulneraciones lesivas, habrá que tener en cuenta que en la prueba ilícita, los derechos procesales solo justifican la ilicitud de forma mediata y que, aunque se de coincidencia los efectos deben producirse de forma independiente en atención a la lesión generada.

B) El derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a la presunción de inocencia, no equivalente al principio “in dubio pro reo”, establece como exigencia para fundamentar una condena que ésta se apoye en auténticas pruebas, que sean de cargo y que se practiquen con arreglo a todas las garantías constitucionalmente y legalmente establecidas. Si no sucede así, la prueba no será útil, al no alcanzar el rango de tal, pudiendo servir a otros efectos, especialmente de investigación de los hechos, pero nunca como fundamento de una condena.

Tanto la consideración de lo que es prueba, como las garantías que han de rodear su ejecución, constituyen aspectos no siempre claramente diferenciables de lo que en la normativa procesal parece un problema de legalidad ordinario o que puede provocar una ilegalidad pero derivada de una mera infracción infraconstitucional. No es fácil esta diferenciación, aun cuando es absolutamente imprescindible hacerla, toda vez que la apreciación de la vulneración de este derecho o de una nulidad procesal, entraña importantes diferencias.

Alguna afirmación, a este respecto, puede hacerse con carácter general. Así, el respeto a la inmediación judicial y al derecho de defensa forman parte de las garantías de la prueba, al ir unidas a los principios de contradicción, oralidad y publicidad que son esenciales en el proceso penal y sobre todo en el acto del juicio oral al momento de valorar la prueba, en el bien entendido de que la opción por la prueba material y objetiva derivada de los avances técnicos ha de entrañar una forma bien determinada de entender estos principios acomodada a la realidad de los soportes no subjetivos en que constan las actuaciones de la investigación.. Conforme a estas prescripciones, pues, puede decirse que, en principio, las pruebas practicadas en el juicio oral de forma directa, no las que simplemente reproducen o ratifican las anteriormente ejecutadas, son plenamente respetuosas con los derechos constitucionales en liza.

Pero es, precisamente, el conjunto de los actos de prueba que se practican con anterioridad al juicio oral, por órganos no judiciales, y que son irreproducibles,

²⁴ STS 22 de enero de 2003.

entendiendo por ello algo más que la mera irreproducibilidad material²⁵, los que plantean el problema de su valor probatorio al apartarse de los contenidos clásicos de de la prueba eminentemente personal y cuya expresión máxima de garantía contradictoria consistía en el interrogatorio del deponente, siendo, por tanto, hoy este tipo de pruebas las más susceptibles de engendrar infracción al derecho a la presunción de inocencia. La llamada prueba preconstituida, es el mayor exponente de esta situación; consiste esta prueba en aquellos actos de investigación de naturaleza material, irrepitibles y ejecutados con anterioridad al juicio oral por los distintos órganos que intervienen en su desarrollo, que deben ser incorporados al juicio oral a través de un medio siempre heterogéneo a su propia naturaleza, medio que sirve a los fines de su reproducción o ratificación meramente formal, pues es evidente que dichos actos ya se han practicado y no pueden ser reiterados en el juicio oral. Porque, como es sabido, el respeto a la inmediación y la oralidad viene obligando a reiterar aquellos elementos objetivos a través de las declaraciones testimoniales, formales e incompletas de sus autores o bien a la lectura del acta en que constan sus vicisitudes, lo que sin duda alguna y aunque represente un modo de respeto a aquellas máximas, nada aporta a la eficacia del proceso, ni al derecho de defensa cuando éste no ha sido respetado al momento real de la ejecución del acto de la forma más adecuada a su naturaleza.

Y ahí reside la extrema dificultad de diferenciar los requisitos que son exigibles para colmar la presunción de inocencia y aquellos que forman parte de simples irregularidades procesales, habida cuenta los distintos efectos de ambos conceptos jurídicos. Es la jurisprudencia en este caso, dada la parquedad legislativa aun en los ordenamientos más avanzados, la que determina la inclusión de unos u otros bajo una cobertura o protección determinada.

Por ejemplo, en materia de intervenciones telefónicas, los requisitos que se denominan infraconstitucionales, los que consisten en la aportación de las comunicaciones al proceso, contienen elementos que afectan al derecho a la presunción de inocencia y otros que no pasan de ser meras infracciones legales, siendo la jurisprudencia la que determina la naturaleza de cada uno de ellos variando incluso su posición a lo largo del tiempo. O, igualmente, sucede en los registros domiciliarios con la presencia del Secretario Judicial. Y, en fin en otros actos de naturaleza objetiva, como la recogida de los efectos e instrumentos del delito en los cuales las propias leyes omiten la necesaria presencia judicial, no vinculándola, pues, al valor probatorio de la diligencia.

Es evidente, pues, que el requisito de la inmediación no es ya sustancial, viniendo sustituido por el cumplimiento de exigencias legales en muchos de los casos, de manera que cabe plantearse si su no verificación implica vulneración de la presunción de inocencia o una mera nulidad procesal. Y, desde luego, no se respeta dicho principio con la presencia judicial cuando el acto se reproduce o ratifica, pues en el primer caso, se repite, se hace a través de otros medios, incluso el documental y su lectura o se reconduce a una declaración testimonial de los actuantes en el acto originario. Lo esencial es, por supuesto, la ejecución del acto conforme a sus garantías originales y ahí la exigencia de inmediación ni se produce, ni se puede producir, ni es bueno siquiera que se demande un requisito contrario a la realidad del proceso penal moderno en el que la

²⁵ ASECIO MELLADO, J.M.; Derecho Procesal Penal. 5ª edición. Valencia 2010. Pags. 251 y ss.

función de la policía científica es esencial. En este sentido, el concepto de irrepetibilidad debe extenderse más allá de la estrictamente material y alcanzar realidades que abarquen, incluso, la distribución efectiva, no teórica, de funciones en el ámbito de la investigación. Muy especialmente ha de tenerse en cuenta que ni el Juez de Instrucción, ni el Ministerio Fiscal, cuando dirigen la investigación, son o se convierten en policías; al carecer de conocimientos al efecto, su labor no debe pasar de ser la de garantizar la contradicción en la medida de lo posible y la de dirigir las actuaciones desde un punto de vista jurídico o, lo que es lo mismo, que la labor de dirección de la investigación no puede entenderse salvo como dirección jurídica.

La ley tampoco es muy clara al diferenciar entre presunción de inocencia y nulidad, ya que al regularse la nulidad de los actos procesales, en muchos ordenamientos jurídicos se decreta la de los actos que se practiquen con violación de derechos fundamentales, lo que parece incluir a los que lo hagan con vulneración de la presunción de inocencia o, como sucede en España, se hace mención a la indefensión, lo que ha obligado a la jurisprudencia a discriminar entre violaciones que limitan el derecho de defensa a efectos de la presunción de inocencia y las que generan indefensión a los fines de declarar la nulidad procesal del acto.

Pero, si entre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos de validez de los actos procesales existe cierta confusión, no sucede lo mismo cuando se trata de diferenciar entre aquel derecho y la prueba ilícita, dado que en este caso los contornos aparecen con cierta claridad como quedó dicho en el anterior apartado.

La prueba ilícita opera en el momento de obtención de las fuentes de prueba aunque extienda sus efectos a los medios cuando son materialización directa o indirecta de aquella. Por el contrario, la presunción de inocencia solo queda afectada al momento de admisión, práctica o valoración del medio²⁶, no obstante lo cual alcanza pleno sentido cuando es valorada y sobre ella se basa la condena, de lo que se infiere que no cabe hablar de violación de la presunción de inocencia si el medio, aún no teniendo la cualidad de prueba, es admitido y practicado, siempre que no sea valorado, ni influya en una sentencia condenatoria. De ello se colige que tampoco pueda afirmarse que la presunción de inocencia imponga una mera prohibición de valoración, salvo que se considere esta afirmación como comprensiva de la formación íntegra de la convicción.

Ahora bien, como se dijo más arriba, el respeto a la presunción de inocencia no convalida un medio cuyo origen sea una fuente obtenida ilícitamente, dado que la ineficacia originaria es directamente predicable del vehículo en el que se ha aportado. De este modo, deben ser rechazadas o puestas en duda, aquellas posiciones que, partiendo de la base de la diferencia entre ambos conceptos, el de fuente y medio, los hacen de tal modo independientes que aún reconociendo la ilicitud probatoria de una fuente por haber sido obtenida de modo atentatorio a los derechos fundamentales, otorgan valor probatorio a lo hallado si el medio por el cual se ha incorporado se

²⁶ También la prueba ilícita afecta a la presunción de inocencia cuando es admitida, si bien en este caso, al referirse a una prueba obtenida con afectación de derechos fundamentales materiales de modo inmediato, el efecto no se equiparará al producido al infringirse la presunción de inocencia por vulnerarse derechos constitucionales procesales.

practica conforme a las exigencias legales y constitucionales. Y, de la misma forma, deben ser objeto de discusión las posturas intermedias, menos extremas que la anterior, pero conducentes a similares resultados aunque sean parciales. Se trata de opiniones que, aceptando la nulidad del medio a través del cual se introduce una prueba ilícita, otorgan valor a aquel por el cual se incorporan al proceso las pruebas derivadas de la originariamente ilícita, al calificar estas últimas de válidas con el argumento de que el medio es legítimo y se ha ejecutado correctamente.

Es evidente que mantener esta postura supone confundir fuente y medio y su ámbito de operatividad y hacerlo solo para justificar una posición en relación con la extensión de la prueba ilícita y el sacrificio que debe imponerse al Estado en la investigación de los delitos, ya que un argumento no puede ser utilizado de forma contradictoria en un análisis similar. Porque, si la legalidad del medio subsanara la ilicitud de la fuente nula, el resultado debería predicarse siempre, no solo en las pruebas indirectas o derivadas, máxime cuando la teoría de la conexión de la antijuridicidad, a los fines de apreciar la licitud de la prueba derivada, atiende a la gravedad de la lesión del derecho originario, de modo que mediante ella, en realidad, se subsana la prueba principal a través de la dependiente y se gradúan artificialmente los requisitos constitucionales exigidos para la limitación de derechos que sirven al efecto de acordar la nulidad de una prueba y, a la vez, mediante su degradación posterior, para subsanarla por vía indirecta a través de una fuente dependiente.

Que fuente y medio sean conceptos no equivalentes, no puede significar que la ilegalidad del primero pueda formalmente ser subsanada por la legalidad del segundo de modo automático. Una conclusión de este tipo llevaría, de hecho, a que la prueba ilícita no pasara de ser una mera afirmación retórica. Cuando la fuente obtenida se declara ilícita, el medio debe sufrir la misma calificación por ser expresión directa e inmediata de la primera. No puede, por ejemplo, afirmarse que en materia de intervención de las comunicaciones, siendo la fuente las conversaciones obtenidas y declaradas estas nulas, pudieran validarse mediante la incorporación al proceso de éstas a través de la declaración como testigos de los funcionarios que las ejecutaron o de la transcripción de las grabaciones o de las grabaciones originales por vía documental. Una opinión de esta naturaleza conduciría irremediablemente a un cambio de modelo procesal penal y a la inversión de los valores democráticos que hoy lo informan.

C) La nulidad de los actos procesales.

Cuando la infracción no afecta a derechos fundamentales, por haberse obtenido correctamente la fuente de prueba, ni a las garantías propias de la prueba de cargo, a su consideración como tal, esto es, cuando la infracción de las normas tiene un mero rango infraconstitucional, no se puede hablar de existencia de prueba ilícita, ni de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino de la presencia de vicios o defectos procesales que, eventualmente, pueden provocar la nulidad de aquellos actos, nulidad que no es equiparable ni supone la de la fuente, cuya validez es incuestionable por tratarse de algo independiente y previo, ni produce efectos reflejos más allá de los que derivan de una dependencia funcional, no natural, del subsiguiente acto derivado del nulo.

La nulidad, por su propia esencia –sin que valga aquí como se dirá distinguir entre absoluta y relativa-, no se declara de forma automática por el mero hecho de constatarse el vicio o defecto. La nulidad no es nunca una consecuencia formal e inmediata, sino que su estimación se sujeta a la producción de un perjuicio concreto en la parte que la alega o en el órgano judicial que la aprecia, perjuicio que suele reconducirse a la indefensión. De esta manera, un acto viciado, aunque se constate tal defecto, será válido si no genera un real perjuicio. Por ejemplo, una notificación mal hecha es válida si el sujeto llegó a adquirir conocimiento efectivo del acto al que se le convocó. Un acto nulo, además, puede validarse si se subsana el defecto o no afecta a su esencia, a su capacidad para producir los efectos naturales que le son propios. Una transcripción incompleta puede ser rehecha con base en el original o subsanada mediante su audición directa, por ejemplo, sin que la nulidad de la referida transcripción pueda engendrar la de toda la prueba en su conjunto. Otra cosa es que la grabación original se hubiera realizado defectuosamente, sin las exigencias necesarias, dado que en este caso la subsanación o convalidación sería muy compleja, incluso a través de la testifical, por extenderse el vicio a los actos posteriores y afectar a su fiabilidad.

La nulidad, pues, como conclusión, limita sus efectos al propio acto, salvo que se acredite que los ha extendido a los posteriores, que estos últimos han padecido los defectos de la nulidad originaria, que existe una relación directa e inmediata.

De la misma manera, para su apreciación ha de ser valorada siempre la conducta de las partes, su comportamiento, ya que no podrá alegar nulidad quien ha provocado el defecto en el acto. Si, por ejemplo, se pierden en el proceso los originales y los conserva una parte, ésta no puede aducir nulidad de la transcripción, guardando, a su vez, el referido original. O si alguien daña los originales, tampoco puede aducir la nulidad de lo que su voluntad ha perjudicado.

Las diferencias con los conceptos anteriores son, pues, evidentes y se verán con más nitidez en las páginas posteriores, en las que se concretan.

D) Conclusiones.

De todo lo expuesto se pueden extraer algunas conclusiones que nos sirvan a los fines de establecer diferencias entre los tres conceptos esbozados que, aún reconociendo los puntos de contacto que la propia ley suele inducir, ofrezcan elementos suficientes para determinar el ámbito de operatividad propio de cada uno de ellos.

Los efectos son, como se ha visto, comunes en todos los casos, de modo que siempre, cuando se producen, dan lugar a la nulidad de los actos afectados por el vicio o infracción constitucional o legal. Ahora bien, el término nulidad no debe entenderse en el sentido técnico jurídico propio de las consecuencias que derivan de los actos procesales inválidos. La nulidad producida no es exactamente una nulidad procesal en sentido estricto y que implique las consecuencias que la ley anuda a la misma, sino que

difiere en cada caso, de modo tal que no es infrecuente que en lugar de nulidad se hable de ineficacia o, incluso, de inexistencia²⁷.

Es común a todos los casos la no producción de efectos, aunque existen diferencias notables en relación con la determinación de éstos, su extensión, la subsanabilidad o posible convalidación de los actos nulos y el momento en que puede y debe denunciarse o apreciarse cada uno de los supuestos enunciados. Es evidente que es erróneo enunciar idénticos elementos, aunque la ley en algún caso pueda inducir a esta conclusión por causa de lagunas sabidas, pero no remediadas, ya que hacerlo siempre introduce dosis de discrecionalidad excesivas en temas que, por ser de orden público, no pueden quedar sujetos a interpretaciones subjetivas, parciales y posiblemente apegadas al caso concreto. El valor Justicia no es un referente para el Poder Judicial, que debe someterse a la Ley y que encuentra en esa sumisión la legitimidad de su función y potestad. El valor Justicia se dirige al legislador por cuanto es él el que debe promulgar leyes que reúnan las condiciones necesarias para asegurarlo. Si no lo hace este último, tampoco los Tribunales deben suplirlo, pues ello sería tanto como entrometerse en el ámbito de otro Poder del Estado.

a) **Prueba ilícita.**

El efecto que produce la prueba ilícita se suele equiparar a la inexistencia, en tanto su apreciación debe conducir a la exclusión material del proceso de lo obtenido directa o indirectamente mediante la invasión indebida en los derechos fundamentales²⁸.

Debe declararse este efecto y proceder a la exclusión material del resultado de lo obtenido inmediatamente que se conozca²⁹ y, por tanto, no puede ser degradada a una mera cuestión de prohibición de valoración. De hacerlo así, resultaría que la ilicitud derivada de la infracción de derechos fundamentales produciría efectos menos intensos incluso que una nulidad procesal, cuya declaración puede operarse de oficio en cuanto es conocida. Se incurriría en una grave contradicción artificiosa sin base en ningún elemento objetivo, legal o jurisprudencial suficiente, pero capaz de permitir que, por ejemplo, se abriera un proceso con el solo elemento inculpatario de un acto violatorio de derechos fundamentales que se mantendría produciendo efectos y generando actos de prueba derivados del mismo. O, lo que es lo mismo, se abriría la puerta al abuso del derecho dándose lugar a situaciones tan poco objetivas y susceptibles de fraude, que ese solo hecho obliga a extremar la prudencia a la hora de formular conclusiones tal vez precipitadas y de difícil compatibilidad con los conceptos utilizados.

²⁷ PELLEGRINI GRINOVER, A; La nulidad en el procedimiento penal. Pruebas ilícitas. En "La prueba ilícita en el procedimiento penal. México-España-Argentina-Brasil". México DF. 2007. Pag. 67.

²⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L; La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato. En "Prueba y proceso pena". Valencia 2008. Pag. 116. SsTC 85/1994, 14 de marzo; 239/1999, 20 de diciembre; 70/2002, 3 de abril.

²⁹ Circular FGE 1/1999, de 19 de diciembre.

La prueba ilícita, pues, debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena.

Cuando se infringe un derecho fundamental material y se produce un supuesto de prueba ilícita, tanto el art. 11,1 LOPJ española, como el art. VIII del NCPP peruano, hablan de “no surtirán efectos” o de carencia de todo efecto legal, no de prohibición de valoración. Y, carecer de efectos, de todo efecto, significa no producir ninguno, ni directos, ni indirectos y pronunciarse inmediatamente que es conocida para, precisamente, evitar que los produzca³⁰. Afirmar que no producción de efectos equivale a mantener la validez de un acto en espera de que los produzca indirectamente o que los pueda producir, significa negar la eficacia real de la prohibición.

La prueba ilícita, como infracción grave del ordenamiento constitucional y por su finalidad adicional disuasoria, no es subsanable, ni convalidable, de modo que nunca puede ser practicada una prueba, derivada de ella, que sirva para remediar el defecto en el que se ha incurrido. Otra cosa es que se practique una prueba independiente, en cuyo caso, si no concurre esa conexión natural, nadie discute la validez de la condena.

La ineficacia debe ser declarada sin necesidad de atender a si ha producido o no un real perjuicio a la parte o a un tercero, sin por tanto analizar si ha generado indefensión o, incluso, sin tomar en consideración la voluntad de las partes, pues puede y debe ser apreciada de oficio. A diferencia de lo que sucede con la nulidad de los actos procesales, no se vincula la ineficacia a la intensidad o existencia de efectos, sino que se atiende, simplemente, a la violación de un derecho fundamental, pues la prueba ilícita tiene como fin superior la tutela del sistema constitucional de derechos fundamentales³¹.

Ninguna duda han suscitado las anteriores afirmaciones cuando de prueba obtenida directamente con violación de derechos fundamentales se trata. Por el contrario, las posturas varían profundamente, cuando se habla de los efectos indirectos, de la prueba derivada naturalmente de la originariamente ilícita, pues aquí parecen primar las distintas visiones del estado democrático que se tienen, aunque el propio modelo procesal y constitucional sufra los perjuicios consustanciales a interpretaciones incompatibles con el y la misma ley sea retorcida hasta hallar en ella lo que la misma prohíbe. Como afirma PLANCHAT TERUEL³², la interpretación que en ocasiones se ha hecho de la conocida como teoría de la conexión de antijuricidad, ha dado lugar a que muchas veces la regla se haya convertido en excepción y a la inversa.

³⁰ En España no hay ninguna norma, ni ninguna sentencia que afirme que la prueba ilícita se reduce a una mera prohibición de valoración. Antes al contrario, tanto la Fiscalía General del Estado, que obliga a los fiscales a instar la nulidad en el momento en que se conozca, como diversas Sentencias del TS y del TC que se citarán más adelante, que declaran que la ilicitud implica que la prueba no debe ser ni siquiera admitida, como la práctica cotidiana de los tribunales, que reconocen esta realidad y que nadie pone en duda, confirman la posición que se sostiene.

³¹ Cuestión distinta es que sea el propio afectado por el derecho el que haya causado la infracción dolosamente, ya que en este caso no se podría hablar de prueba ilícita so pena de poner en manos de los delincuentes su propia condena.

³² PLANCHAT TERUEL. Op. Cit. Pag. 101.

Aunque a este tema nos referiremos más tarde, algo debe ponerse de manifiesto en este momento que merece cierta atención y más cuando la prueba ilícita se mantiene en el proceso por un tiempo excesivo. De esta manera si, como se ha dicho, la ineficacia debe generar la exclusión material de la prueba ilícita, su expulsión del proceso, así como de las pruebas derivadas de ella, es evidente que tal exclusión material, si se sostiene una posición amplia de la prueba derivada, impediría dicha comparación, pues faltaría físicamente uno de los elementos, el más esencial, para efectuarlo. Así, pues, la exclusión del material probatorio nulo constituye un impedimento para la apreciación de la conexión entre pruebas originarias y derivadas y utilizar las primeras para deducir la legalidad de las segundas teniendo en cuenta, entre otros extremos, la propia entidad de la vulneración del derecho en la primera, requiere utilizarla cuando, en verdad, debía haberse expulsado físicamente del proceso. Salvo que no se excluya, como sucede, en cuyo caso, resulta que seguirá o podrá producir efectos en la percepción de los órganos sentenciadores.

En realidad, este problema solo tiene como solución la inmediata exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, porque únicamente de esta manera se evitará que produzca otras derivadas y que se generen crisis procedimentales cuya solución solo puede consistir en no hacer lo que se debe. Por tanto, la prueba ilícita ha de ser declarada de forma inmediata, para evitar que genere otras pruebas derivadas. Sostener, como en ocasiones se ha hecho, que no puede declararse en una fase temprana por cuanto pueden aparecer posteriormente otros elementos probatorios, significa tanto como atribuir a la prueba ilícita un valor incriminatorio evidente y, lo que es peor, una situación compleja desde un punto de vista meramente procedimental, pues al momento de valorar la relación de causalidad entre las diferentes pruebas habría siempre que contar materialmente con la ineficaz, la que debería haber sido excluida físicamente de las actuaciones.

b) Presunción de inocencia.

Una prueba practicada con infracción de las exigencias que impone el derecho a la presunción de inocencia debe ser considerada, al igual que la anterior, nula, sin que pueda producir efectos para fundar una sentencia condenatoria. Quiere ello decir que la presunción de inocencia es, esencialmente y constituye una prohibición de valoración, pues aunque se relacione con la prueba entendida como actividad, también lo hace con su aspecto subjetivo, con la prueba como resultado. De esta forma, la ineficacia de una prueba practicada con infracción de este derecho fundamental es declarada, de forma ordinaria, en sentencia, máxime cuando, como se verá, aunque insubsanable, no produce los típicos efectos de la prueba ilícita.

Con ello no se quiere afirmar, porque tampoco es cierto, que la infracción de este derecho no pueda, o mejor dicho, no deba declararse con anterioridad al momento de la valoración probatoria. Antes al contrario, para evitar que la misma pueda influir en la percepción interna de los juzgadores, es conveniente que se evite la incorporación al juicio oral de toda diligencia de investigación que carezca de efectos probatorios. En este sentido, pues, solo deben llevarse al juicio oral aquellos actos anteriormente ejecutados que tengan la cualidad de prueba preconstituida o anticipada, los cuales deberán ser ratificados o reproducidos conforme a su naturaleza y las reglas procesales propias de cada ordenamiento. Si las diligencias no han alcanzado esta cualidad y no

pueden gozar de valor probatorio, han de ser inadmitidas como pruebas, excluyendo su propia presencia física de la documentación que se remita al órgano de enjuiciamiento. En este sentido se expresan los arts. 34 y 36 de la Ley del Jurado española, del art. 431 del CPPi o de los arts. 352,5 y 383 del NCPP peruano.

Con ello se quiere decir y destacar que ni siquiera los actos practicados con infracción del derecho a la presunción de inocencia constituyen estrictamente prohibiciones de valoración, toda vez que los diferentes Códigos Procesales establecen normas cuya finalidad es evitar que, mediante su introducción en el proceso, influyan en el ánimo de los juzgadores o puedan ser utilizados con mala fe por las partes. De ahí hay que sacar alguna conclusión al respecto de la prueba ilícita y valorar en su justo término aquellas posturas que la reconducen a una mera interdicción de su apreciación permitiendo que provoquen toda suerte de efectos a lo largo del proceso y hasta su final.

La prueba practicada con vulneración de la presunción de inocencia es nula, lo que significa que carece de efecto alguno. Y, a diferencia de lo que sucede con los vicios de los actos procesales con origen infraconstitucional, no es subsanable, es decir, que no puede ser por ella misma corregida la vulneración constitucional. El medio probatorio no podrá ser utilizado. Pero, a diferencia de lo que acaece con la prueba ilícita, la nulidad de dicho medio no se extiende a otros que puedan practicarse con pleno respeto al mencionado derecho, ya que no produce los efectos indirectos de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Una intervención telefónica realizada sin orden judicial habilitante es nula y no puede ser en modo alguno utilizada en el proceso, ni es posible introducir en el este sus resultados a través de ningún medio probatorio. Una intervención telefónica realizada previa orden judicial, pero incorrectamente aportada por defectos en la transcripción o en la grabación original, no impide que la conversación sea introducida por otros medios distintos.

c) La nulidad de los actos procesales.

La nulidad es la consecuencia establecida para aquellos actos en los que falte uno de los requisitos a los que la ley anuda este efecto. A pesar de que muchos Códigos siguen distinguiendo entre nulidades absolutas y relativas, es lo cierto que, al quedar todas ellas sujetas a su apreciación con anterioridad a la firmeza de la resolución o sentencia que ponga fin al proceso, que convalida toda nulidad, no existen otra cosa que meras anulabilidades, es decir, susceptibles de apreciarse en un plazo determinado. Salvo excepciones muy contadas.

Es común, pues, a toda nulidad, su subsanabilidad, así como su posible convalidación por decisión de las partes y, como nota adicional, es inherente a este concepto la exigencia para su reconocimiento de la producción de efectos en quien la alega, es decir, un perjuicio o indefensión como sucede en el caso del art. 240 LOPJ española.

Un acto nulo tiene en común con los anteriormente esbozados su ineficacia, la no producción de efectos, pero difiere de ellos en que siempre es subsanable, convalidable y, especialmente, que su apreciación no es automática, sino que se sujeta a la generación de perjuicios en quien la aduce.

Sí produce efectos respecto de otros actos, ya que la regla es la validez de los independientes y la ineficacia de aquellos que deriven del nulo, siempre que provoquen el mismo daño y no puedan ser subsanados. El criterio, pues, aplicable, no es el de una mera dependencia natural o fáctica, sino funcional, que atiende, pues, a la realidad y constancia del perjuicio producido.

Con arreglo a estos criterios deben interpretarse los arts. 149 a 154 NCPP penal que, aunque reconocen una especie de nulidad absoluta a la que contraponen otra relativa, incluyendo en la primera los actos practicados con vulneración de derechos fundamentales, luego, a partir del art. 152, reconocen la subsanabilidad de todo acto nulo a través de su renovación. Introduce, sin embargo, un precepto complejo en el art.152 al parecer afirmar que la nulidad absoluta no es convalidable por el hecho de no ser denunciada, ya que, es evidente, si la sentencia alcanza firmeza no cabrá contra ella recurso alguno por este motivo, de modo que el acto nulo no podrá ser ya denunciado como tal. Esta afirmación, sin embargo, queda vacía de contenido por los preceptos posteriores y porque el propio legislador no ha previsto cauces para hacer valer la nulidad contra sentencias firmes. La firmeza, pues, convalida la nulidad cualquiera que sea su naturaleza.

De lo dicho en este punto se desprende que la prueba ilícita difiere profundamente de la nulidad de los actos procesales y que, aunque produzca un mismo efecto, cual es la ineficacia, no puede equipararse a una categoría que es diferente. Ni siquiera procedimentalmente puede sostenerse que la prueba ilícita solo sea susceptible de denunciarse por los reducidos medios a través de los cuales se denuncia la nulidad, porque, si bien es cierto que puede hacerse, ello no significa que lo pueda ser mediante actos diferentes y, sobre todo, que el legislador no deba actuar con diligencia y establecerlos con carácter autónomo. Equiparar nulidad y prueba ilícita sometiendo a esta última siempre a los procedimientos y la preclusión de la primera, constituye un error que ni siquiera el silencio legal autoriza a cometer, pues se trata de conceptos diametralmente diferentes. Hacerlo es degradar la ilicitud probatoria. Que ciertos códigos procesales, por una cierta inercia, establezcan causas de nulidad cuando los actos han vulnerado derechos fundamentales, debe, en todo caso, ceñirse a los que, estrictamente pueden serlo al margen de la ilicitud probatoria o la presunción de inocencia. Que la nulidad propia de una prueba ilícita derive indirectamente del derecho a un proceso con todas las garantías y más en concreto de la producción de indefensión, que no equivale al derecho de defensa, sino al acceso a la actividad jurisdiccional en ciertas condiciones y que la prueba ilícita encuentre su fundamento mediato en dicho derecho, no significa tampoco que toda infracción al mismo pueda ser considerada como prueba ilícita, puesto que ésta se reconduce a las infracciones constitucionales cometidas al momento de obtener la fuente, no a la práctica del medio o en las condiciones de acceso e intervención en el proceso de las partes. Que toda prueba ilícita, además, suponga infracción del contenido esencial de derechos materiales o mediatamente de los antes citados de naturaleza procesal, no significa que se equiparen esta categoría y la nulidad y que aquella haya en todo caso de ser denunciada y declarada mediante las estrictas vías de la nulidad.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA ILICITUD PROBATORIA POR INFRACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Es una cuestión esencial, no baladí, la determinación del procedimiento a través del cual se ha de declarar la ilicitud de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Y es esencial por cuanto de la opción que se escoja van a derivarse consecuencias muy serias, tanto que pueden suponer la degradación efectiva de los derechos, situándolos en el ámbito del proceso por debajo de la apreciación de las nulidades procesales decretadas ante irregularidades legales. Optar por una posición que limite la declaración y apreciación de la ilicitud probatoria al momento exclusivo de su valoración como prueba, significa o puede significar dotar al Estado y a terceros movidos por intereses espurios de un instrumento que puede ser utilizado fraudulentamente para conseguir condenas basadas, de una u otra forma, en flagrantes atentados a la dignidad mínima a la que es merecedora una persona y significa hacerlo sin que de esta conducta quepa extraer beneficios sensibles ni para la investigación penal, ni para la sociedad. Hay que extremar, pues, el cuidado y evitar la adopción de posiciones que, careciendo de base legal, entrañen una postura que desconozca los efectos perjudiciales que puede originar y que pueda ser utilizada por quienes, lejos de entenderla en sus adecuados términos, la asumen como propia para ofrecer soluciones a casos concretos.

Las normas que prevén la ineficacia de las pruebas ilícitas tienen todas ellas en común la afirmación de modo expreso de dicha ineficacia, declarando explícitamente y tajantemente la carencia de todo efecto. De un término aseverado con tal rotundidad no parece que pueda extraerse otra consecuencia que la necesidad de apreciar de modo inmediato la ilicitud, una vez ésta sea constatada y de ordenar, igualmente, de forma automática, la exclusión incluso física de los instrumentos derivados de la misma, cualquiera que sea la forma que adopten.

Interpretar la dicción carencia de efectos, expresada sin distinción entre los diversos que pueda producir, entendiéndolo que debe ceñirse a los estrictamente probatorios y que, por ello, la prueba ilícita es sinónimo de “prueba de valoración prohibida”, significa, derechamente, restringir de forma absoluta la interdicción legal de eficacia, permitiendo que produzca todos menos el específico de su apreciación. Si la prueba ilícita se fundamenta constitucionalmente, esta interpretación sería contraria a la propia vigencia y efectividad de los derechos al ser restrictiva. Es más, aunque se considere que el fundamento es meramente legal, la interpretación de las normas que afectan a los derechos esenciales nunca puede ser de aquel carácter, debiendo hacerse en la forma más favorable a su virtualidad real y, en caso de duda, optarse siempre por la que posibilita en mayor medida su ejercicio.

Porque, sin duda alguna, reservar la declaración de ilicitud probatoria para el momento mismo de la sentencia, supone mantener la prueba violatoria de derechos produciendo efectos a lo largo de toda la tramitación del proceso, de modo que, sobre su base y conocimiento, podrá ser utilizada para investigar obteniendo pruebas que, aún conectadas naturalmente, no lo estén según la estricta y de dudosa constitucionalidad teoría de la conexión de antijuridicidad, pero pruebas que serán útiles y eficaces para afirmar la condena del sujeto pasivo de la violación de sus derechos. Es decir, mantener la prueba ilícita produciendo efectos o, simplemente, conocida y útil, puede constituirse en un acicate para que el Estado adopte conductas ilegítimas, aunque lícitas según la jurisprudencia. En suma, en un instrumento favorecedor del fraude procesal y de la misma Constitución.

Sirvan como ejemplo dos situaciones. La primera, una confesión obtenida mediante torturas, perfectamente conocidas y acreditadas. Conforme a la teoría que debilita la ilicitud probatoria hasta convertirla en una mera prohibición de valoración, con la confesión como sola prueba, podría abrirse el proceso y continuar las investigaciones, siendo así que es claro que la única referencia de las mismas sería la confesión bajo tormento. La segunda, similar, consistiría en abrir un proceso con la base exclusiva de una grabación telefónica llevada a cabo por terceros que remitieran al Juzgado dicha grabación, única prueba sobre la que se abrirían las investigaciones. Es evidente que todo lo obtenido tendría como base, precisamente, dicha interceptación telefónica radicalmente nula. En ambos casos la dependencia natural es innegable y mantener la prueba ilícita tendría la exclusiva finalidad de conseguir pruebas materialmente derivadas, pero “jurídicamente” desconectadas. Un fraude a la Constitución y a la ley que reconoce la ilicitud probatoria.

En definitiva, si existe conocimiento de la ilicitud de una prueba, es complejo aceptar que la misma debe mantenerse en el proceso y no excluirla radicalmente del mismo para evitar que produzca efectos. No hay norma alguna que avale esta conducta, antes al contrario, ni lo autoriza la aplicación de los preceptos, con fundamento constitucional o no, que declaran la ineficacia de este tipo de actuaciones.

A) La privación de efectos de la prueba ilícita como expresión de la efectividad de los derechos fundamentales.

Como se ha comentado en reiteradas ocasiones a lo largo de este breve trabajo, la prueba ilícita engendra nulidad e ineficacia, debiendo, una vez apreciada, ser excluida físicamente de las actuaciones para evitar que produzca cualquier consecuencia. Esa exclusión deriva lógicamente, a diferencia de lo que sucede con la nulidad de los actos procesales, de que la misma es insubsanable y no puede ser convalidada, de modo que su mantenimiento carece de sentido, salvo que se pretendan efectos que la ley no puede amparar.

La opinión general, doctrinal, legal en aquellos casos en la ley se pueda hallar alguna respuesta y jurisprudencial, es casi unánime y solo es dable encontrar alguna excepción en situaciones que, cuanto menos, merecen expresar la duda de su legitimidad.

Es lo cierto que es regla general en todos los ordenamientos jurídicos, la inexistencia de un procedimiento específico para la denuncia y apreciación de la ilicitud probatoria, no obstante lo cual, como se verá en otro epígrafe, ello no es óbice para que la misma no sea confundida con otras figuras que contienen similares efectos, ni para que se apliquen normas que son útiles para dar viabilidad a la negación de eficacia a estas pruebas inadmisibles.

En España, una posición claramente favorable a la mantenida en estas páginas, la sostiene la FGE que, en su Circular 1/1999, de 19 de diciembre, antes citada, dispone expresamente que *“el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano judicial se declare la nulidad de esa actuación y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado”*. Es de una evidencia palmaria, que la posición de la Fiscalía española es favorable a que la ilicitud probatoria se evidencie de manera inmediata, una vez

constatada y que, en modo alguno, produzca efectos contrarios a los derechos conculcados por los actos agresivos sancionados. Y, a esta Circular se someten todos los fiscales en tanto así lo impone el principio de unidad y dependencia jerárquica propios de la organización del Ministerio Fiscal.

En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, si bien, dado que el TS y el TC sólo conocen de las ilicitudes probatorias cuando la sentencia ha sido recurrida, es decir, cuando la prueba vulneradora ha sido utilizada para fundamentar una condena, pocas veces ha hecho referencia a su necesaria declaración previa. Por ello, lo que cabe encontrar en sus resoluciones son meros “obiter dicta”, pronunciamientos sin directa aplicación a las situaciones que debe resolver. Téngase en cuenta que un acto de investigación obtenido con vulneración de derechos tiene vedado en España el acceso al recurso de amparo que, por su carácter subsidiario, solo procede una vez agotadas las posibilidades de protección por la vía ordinaria, es decir, una vez dictada sentencia condenatoria, nunca con anterioridad salvo muy escasas excepciones en que se permite el acceso al amparo por violaciones producidas durante la tramitación del proceso.

No obstante, ciertas declaraciones se han formulado en sentido general y ninguna concede un mero valor de prohibición de apreciación a la prueba ilícita. De esta manera, en diversas sentencias del TC se califica a la prueba ilícita de prueba impertinente³³, de lo que infiere que, determinada la misma, debe ser inadmitida y excluida con anterioridad a la celebración del juicio oral³⁴.

Las SsTC 149/2001, de 27 de enero y 202/2001, de 15 de octubre, son, en fin, claras, al afirmar que la prueba ilícita no debe ser admitida, ni se puede utilizar, ni, en fin, si se llega esta situación, valorar con fines condenatorios. Constituye, por tanto, la prueba ilícita una prueba de valoración prohibida, pero, siempre que anteriormente haya sido admitida como tal prueba y que no haya sido excluida apreciada su ilegalidad. Es, por tanto, la interdicción probatoria el último freno a la eficacia de lo que atenta a los derechos fundamentales, pero no el único.

La doctrina, igualmente, es absolutamente mayoritaria, hasta tal punto que, por ejemplo PLANCHAT³⁵, que considera que el término “no surtirán efectos”, debe equipararse a una mera prohibición de valoración, inmediatamente se corrige afirmando que esta conclusión debe ser entendida de modo flexible, ya que, de lo contrario, se

³³ Aunque como declara GONZÁLEZ GARCÍA, J.M; op. Cit. Pag. 38 esta impertinencia nada tiene que ver con el concepto procesal clásico que concreta la misma en la relación meramente objetiva existente entre prueba y objeto de la misma. A la prueba ilícita como prueba que debe ser incluida en el concepto de impertinencia, entendido en sentido constitucional, se refiere SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal. Cit.. Pag. 870.

³⁴ Vide SsTC 114/1984 de 29 de noviembre; 49/1996, de 26 de marzo; 70/2002, de 3 de abril. La STC 184/2003, de 23 de octubre, en un supuesto parecido, ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior a la acusación y proposición de prueba para que se pudieran formular éstas de nuevo una vez excluidas las cintas que contenían las grabaciones ilícitas y sus transcripciones. Claro ejemplo, pues, de rechazo a la teoría que equipara ilicitud con prohibición de valoración.

³⁵ Op. Cit. Pag. 96.

permitiría a la prueba ilícita superar los diversos filtros judiciales que pretenden evitar que una prueba nula funcione como lo contrario, siendo admitida y practicada.

Y, en fin, en España, como colofón a esta serie de argumentos, cabe señalar la existencia de un precepto, el art. 287 de la LEC, que establece un procedimiento específico para la denuncia y la apreciación de la prueba ilícita en el proceso civil, precepto que es aplicable al penal de forma supletoria y que, al margen de otras consideraciones, impone a las partes el deber de denunciar la ilicitud probatoria inmediatamente sea conocida a los fines de que sea declarada en todo caso con anterioridad a su práctica como prueba. Al margen, pues, de los problemas de aplicabilidad directa de la norma al no ajustarse plenamente a las características del proceso penal, sí es evidente que el legislador español no considera a la prueba ilícita como una simple prohibición de valoración, antes al contrario, la entiende como un supuesto de ineficacia que debe decretarse y denunciarse lo antes posible.

De todas formas, cabe decir, que este problema de la consideración de la prueba ilícita como mera prohibición de valoración es en España artificial al carecer de base legal y jurisprudencial, ya que es práctica común y admitida que la prueba ilícita se puede y debe declarar de forma inmediata a su conocimiento. Es por tanto lo que en estas reflexiones se desarrolla un problema estrictamente teórico y sostenido muy minoritariamente, no obstante lo cual, en la medida en que en otros países sí está siendo objeto de cierta resonancia, es necesario reproducirlo y explicitar sus consecuencias. Pero, se insiste, en España es irreal, bastando para comprobarlo seguir la prensa diaria en relación con asuntos de enorme trascendencia en los cuales se decretan nulidades en fase de investigación y se ordena la exclusión física de los resultados obtenidos. Una práctica tan asumida, como impuesta a la Fiscalía que no podría actuar de otro modo.

Sostener una posición determinada, al margen de la base jurídica que la misma posea, exige valorar previamente cuáles son los efectos de la postura escogida, de modo que, incluso cuando existan normas que pudieran servir de base indirecta a la elección, interpretarlas de manera que excluyan los efectos negativos que una aplicación automática o extrema pudiera generar. Máxime debe decirse en este caso en que, ni la ley, ni la jurisprudencia avalan una posición de esta naturaleza.

El rechazo a considerar la prueba ilícita como una mera prohibición de valoración, además de los argumentos legales y jurisprudenciales citados, se fundamenta en razones cuya pretensión es salvaguardar el proceso penal de conductas y situaciones perjudiciales para el imputado y para el fin mismo del proceso. Pueden enunciarse las siguientes:

-Razones de economía procesal. Pues declarar la ilicitud probatoria al momento final del proceso es la peor de las situaciones posibles³⁶, toda vez que puede resultar que todo lo actuado no sirva absolutamente para nada y sea previsible esta solución, cual sucede cuando se inicia una investigación sobre la sola y exclusiva base de una prueba ilícita. Por ello, precisamente, apareció en el proceso civil español el art. 287 LEC que tiende a sanar al proceso de defectos que conduzcan a una sentencia que no de satisfacción a los

³⁶ GÓMEZ COLOMER. Op. Cit. Pag. 127.

litigantes, cual sucede con una resolución que declare la falta de pruebas que ya era conocida inicialmente. La solución que ofrece el art. 287 LEC entronca con las mismas razones por las que se han establecido audiencias de saneamiento del proceso que, además, contienen la proposición y admisión de la prueba.

-Mantener una prueba ilícita puede dar lugar a que las partes, especialmente el imputado adopten una estrategia defensiva equivocada, incluso que introduzcan elementos de prueba que sirvan para su propia condena, sobre todo que se fuerce indirectamente a una confesión que podría calificarse de ilegítima y fraudulenta aunque adquiriera una apariencia estrictamente legal³⁷.

-Una prueba ilícita que se practica ante el tribunal, a pesar de su ilicitud conocida, puede incidir en el convencimiento, en la percepción del juzgador, especialmente cuando se trata del Jurado. Este aspecto psicológico no debe perderse de vista pues, aunque no se explicita, genera efectos incluso en profesionales experimentados, sobre todo en asuntos de notoria gravedad.

-Mantener un proceso sobre la base de una prueba ilícita y sostener su validez aparentemente condicionada a su valoración en conjunto con otras una vez agotada al actividad probatoria, abre la puerta, cuando los imputados son personas con relevancia pública, a juicios paralelos en los que, además, se construye la opinión colectiva con los resultados de un acto que es nulo e ineficaz. Este efecto es tan pernicioso para el propio proceso penal y para su carácter pedagógico, que por sí solo obligaría a abandonar posturas que de cualquier modo lo pudieran promover.

-Diferir la apreciación de la ilicitud probatoria al momento de la valoración implica que las partes puedan actuar de mala fe, omitiendo la denuncia de la ilicitud y proponiendo como pruebas lo que saben que no alcanza ese rango, incluso de forma sorpresiva³⁸. Por tal razón, el art. 287 LEC impone a las partes el deber de denunciar la prueba ilícita inmediatamente que tengan conocimiento de ella.

-Por último, la suma de todos estos argumentos, unida a la antes comentada excesiva flexibilidad de la prueba indirectamente obtenida con violación de derechos fundamentales, que permite la teoría de la conexión de antijuridicidad, puede crear un marco complejo en el cual se aporten pruebas ilícitas a sabiendas de su ilicitud, se mantengan eficaces, se investigue sobre su base, se obtenga incluso una confesión sin información acerca de la prueba ilícita y, al final, se condene a una persona sobre la base de las pruebas materialmente derivadas, pero milagrosamente desconectadas jurídicamente³⁹. No cabe duda, cualquiera que sea el argumento que se utilice y los razonamientos que se esgriman, que esta actuación, que agravaría hasta el extremo el hecho de impedir o imponer la exclusión inmediata de la prueba ilícita, es un fraude a la Constitución, al sistema de derechos fundamentales y a los pilares sobre los que se

³⁷ CHOZAS ALONSO, J.M; Breve reflexión sobre la prueba ilícita en el proceso penal español. En “La prueba ilícita en el procedimiento penal” Cit. .Pag. 83. Vide la importante STS de 22 de enero de 2003.

³⁸ PLANCHAT, op. Cit. Pag. 114.

³⁹ Vide de nuevo la STS de 22 de enero de 2003.

asienta un entendimiento correcto de la posición de los diversos intereses en el proceso penal. La opción clara por la investigación no puede ser incluso reforzada mediante interpretaciones que, incluso de buena voluntad, atribuyan al Estado un mecanismo absoluto que relegue la eficacia de los derechos a un lugar que no le corresponde en un sistema democrático.

B) La denuncia y declaración de la prueba ilícita.

Habiendo optado por entender que la ilicitud probatoria debe denunciarse por las partes de forma inmediata a su conocimiento y declarada por el órgano judicial igualmente lo antes posible, evitando la producción de cualesquiera efectos, queda por determinar a través de qué cauces debe hacerse, toda vez que, como se ha dicho, y a salvo del art. 287 LEC, de aplicación supletoria al proceso penal en lo que sea posible, no hay norma alguna que disponga un procedimiento especial para hacer viable la prueba ilícita.

La solución, no obstante, si se parte de las premisas anteriores, es relativamente sencilla. Se hará a través de cualquiera de los cauces que la ley permita a tal efecto, siempre que se pueda y con la mirada puesta en lograr la exclusión del material ilícito lo antes posible, en la fase de investigación, en la intermedia, en la de juicio oral, en la vista, en la sentencia o en los recursos frente a ésta, siendo preferente lo primero y lo último la solución menos deseable.

Como igualmente se comentó, si bien la prueba ilícita genera ineficacia y, por tanto, presupone una nulidad, dicha nulidad no es equivalente a la propia de los actos procesales. Y, no lo es ni por los motivos que la fundamentan, ni por los efectos, que son dispares, ni por el procedimiento, dado que este último responde en el ámbito de la nulidad a la realidad de la posible subsanación y convalidación de sus efectos. No parece muy razonable, aunque alguna vez se ha hecho, circunscribir la denuncia y apreciación de la prueba ilícita a los estrictos márgenes de la nulidad, a los actos en que puede ser denunciada y a la preclusión, pues ello equivaldría a equiparar ambos conceptos cuando los dos operan a niveles distintos. Una cosa es que la prueba ilícita puede ser denunciada a través de los cauces de la nulidad y otra es que deba serlo en todo caso estableciendo una identidad entre ambas que perjudica a un concepto cuya base no radica en ilegalidades, sino en infracción de derechos fundamentales.

La prueba ilícita no ha de ser instada necesariamente por las partes, sino que debe ser apreciada de oficio cuando se evidencie. En primer lugar no adoptándose la resolución que se solicite si no concurren sus elementos esenciales y luego declarando inmediatamente la nulidad del acto si se han infringido los derechos conculcados.

De todo lo dicho, en España, son varias las posibilidades y mecanismos que se ofrecen para decretar la ineficacia de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, mecanismos que tienen su reflejo en otros ordenamientos en actos similares e igualmente útiles.

a) En la fase de investigación.

En primer lugar, el Juez de la Instrucción debe negarse a autorizar la intromisión en los derechos fundamentales cuando la petición de la Fiscalía o de la Policía no contenga los elementos indispensables para forzar la eficacia de un derecho. En materia de intervenciones telefónicas no dará lugar a la resolución cuando no existan indicios suficientes o no estén concretados los ámbitos objetivo y subjetivo de la medida con carácter previo a la misma.

De igual manera, deberá el Juez decretar de oficio la nulidad en los casos en que la ley se lo autorice a hacer, lo que es la norma siempre que lo haga con anterioridad a la sentencia (art. 240,2 LOPJ). El art. 150 NCPP peruano permite esta apreciación de oficio en los casos en que la nulidad se base en la afectación del contenido esencial de los derechos, lo que derechamente puede servir de apoyatura para su acuerdo sin instancia de parte.

Por las mismas razones, no se podrá incoar procedimiento si la única base para ello es una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales. Igualmente, tampoco procederá la adopción de medidas cautelares si no hay otros elementos distintos que pudieran justificar el “fumus boni iuris” y tampoco podrá imputarse formalmente a quien solo tiene en su contra un resultado que debe ser considerado ineficaz.

Las partes deben en esta fase utilizar todos los mecanismos que la ley, cada cual según su ordenamiento jurídico, les confiera para oponerse a la realización de actos de investigación contrarios a los derechos fundamentales o instar la nulidad cuando esta posibilidad esté prevista. De esta manera, deben recurrir las resoluciones judiciales que decreten una intromisión indebida en los derechos e instar los recursos procedentes frente a aquéllas que decreten medidas cautelares, apertura del procedimiento o imputación sobre la base de actos que infrinjan derechos fundamentales.

El NCPP peruano es más permisivo que la LOPJ española en lo tocante a la denuncia de la nulidad por las partes. Mientras que en España solo lo pueden hacer por medio de los recursos que procedan frente a la resolución combatida, en Perú la nulidad se puede instar de forma independiente, generándose una resolución autónoma con los efectos previstos en el art. 154. Precisamente, con base en este precepto, es posible denunciar la nulidad de la apertura de un procedimiento cuyo fundamento es una simple prueba ilícita e instar la nulidad de todo lo actuado y su archivo, sin que sea procedente, si el defecto constitucional existe, no decretar la nulidad con argumentos que carecen de soporte legal. No hacerlo y posponer la decisión a una suerte de apreciación conjunta de la prueba en la sentencia es equivalente, como se ha dicho, a otorgar eficacia a la prueba ilícita. Los argumentos que se utilizan para llegar a la conclusión contraria, la antes afirmada, son mero voluntarismo que se formula sin apoyatura legal alguna, simples decisiones que responden a una interpretación opuesta a la legalidad y susceptibles de engendrar graves crisis procesales y en los derechos fundamentales.

De igual modo, deben las partes recurrir las resoluciones de conclusión de la investigación y de apertura de la siguiente fase. En España, por ejemplo, los diferentes autos que transforman las diligencias previas en los distintos procedimientos que la ley establece (art. 779 LECrtim).

b) En la fase intermedia.

Las partes deben solicitar el sobreseimiento y muy especialmente la Fiscalía cuando la única prueba existente sea ilícita o las que aparezcan sean derivadas de ésta. Del mismo modo, deben abstenerse de proponer pruebas de estas características. De la misma forma, han de solicitar que no se reenvíen al juicio oral diligencias que sean el resultado de pruebas ilícitas⁴⁰.

El órgano judicial debe acordar el sobreseimiento si no existen elementos de juicio bastantes para fundamentar la acusación, lo que equivale a inexistencia de otras pruebas que las ilícitas, así como inadmitir los medios de prueba que sean cauce de actos violatorios de derechos fundamentales.

En los sistemas en los que exista una audiencia preliminar, ese será un momento propicio para dilucidar, si no se ha hecho antes, la eficacia de una prueba y acordar lo que proceda⁴¹.

c) En la fase de juicio oral.

En el acto del juicio, al inicio de las sesiones, como sucede en España, se deberá alegar por las partes la ilicitud probatoria, a los efectos de obtener la declaración previa de nulidad y evitar que el medio sea practicado. Es evidente que, si se plantean estas cuestiones ante el órgano sentenciador, es posible que, aunque se declare su ineficacia, generen un efecto psicológico en quien las presencia. Por eso, aunque el art. 786,2 LECrim, autoriza al inicio de las sesiones el planteamiento de, entre otras, la vulneración de derechos fundamentales, el art. 36 de la Ley del Jurado remite esta denuncia a un trámite que tiene lugar ante el Presidente de dicho tribunal, pero con anterioridad a su constitución por los ciudadanos que, de esta manera, se ven protegidos de posibles abusos o influencias provenientes de actos ilegítimos⁴².

Si la prueba es practicada, podrá el órgano del enjuiciamiento no valorarla si estima su ilicitud y, si en fin, es tomada en consideración, podrán las partes recurrir la sentencia por medio de los mecanismos que cada ordenamiento prevea para lograr su plena ineficacia.

De todo lo expuesto, por tanto, aparece con claridad la necesidad de un procedimiento específico que encauzara la denuncia y acuerdo de la ilicitud de una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, pero, mientras ello no se haga así, no cabe duda de que, entendiendo el concepto en su correcta dimensión y no refiriéndolo ni a la

⁴⁰ Esto último se aprecia con claridad en el art. 34 de la Ley del Jurado. El art. 344 del NCPP peruano permite el sobreseimiento cuando no existen elementos de convicción suficientes, lo que debe hacerse equivaler a la existencia de pruebas sin valor alguno para fundamentar la condena.

⁴¹ El art. 351 NCPP peruano establece como momento para discutir sobre la pertinencia de la prueba el de la audiencia preliminar, lo que abriría la puerta a debatir sobre la prueba ilícita si se entendiera, como es debido, la pertinencia en n sentido no sólo técnico procesal, sino también constitucional (STC 114/1984).

⁴² El art. 371 NCPP peruano permite, interpretándolo como algo más que una mera exposición de las pretensiones y la finalidad de la prueba, la alegación de las ilicitudes probatorias. No obstante, esta norma no le autoriza a dictar una resolución de inadmisión de la prueba.

nulidad de los actos procesales, ni a meras prohibiciones probatorias, existen mecanismos sobrados para conseguir que no produzca efectos de ningún tipo.

6. LA PRUEBA ILÍCITA Y LA LLAMADA TEORÍA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.

La conocida teoría conocida como conexión de antijuridicidad, ideada por el TC para servir de cauce de valoración de los efectos de las pruebas obtenidas indirectamente de otras atentatorias a los derechos fundamentales, ha significado, por su falta de fundamento constitucional adecuado, por la combinación de elementos que comporta pertenecientes a diferentes modelos jurídicos y por el fin que con ella se pretendió, que no ha permanecido oculto, cual es el de minorar los efectos de los derechos fundamentales y su subordinación a los de seguridad, una auténtica alteración del orden constitucional diseñado en nuestro texto legal superior, interpretado por el mismo TC de manera acertada hasta la STC 91/1998, de 2 de abril y la relegación del art. 11,1 LOPJ a norma meramente formal, ya que no sólo ha perdido su plena eficacia con esta creación jurisprudencial, sino que, derechamente, se actúa de forma contraria a sus disposiciones.

La teoría, bien entendida y a la vista de sus efectos, consiste en un instrumento cuya virtualidad es la de restringir o incluso hacer desaparecer los efectos anulatorios de una prueba ilícita, ya que, mediante los mecanismos que incorpora se consigue dar validez mediata y eficacia a una prueba previamente anulada. La teoría, por tanto, no sólo invierte la regla general de la negación de valor a las pruebas derivadas afirmando la contraria, lo que ya sería preocupante por lo que implica de derogación de la LOPJ, sino que, en realidad, limita considerablemente los efectos de las prohibiciones valorativas de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos.

La protección de derechos y prueba ilícita en España tienen como finalidad la defensa misma del orden constitucional, la jerarquía superior del sistema de derechos. La infracción de las garantías que la propia jurisprudencia establece para la restricción de derechos, genera, en cualquier caso, la declaración de ilicitud de la prueba, su nulidad en términos probatorios, el apartamiento o exclusión física de la prueba del procedimiento. Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el TC ha sostenido que el fundamento de la prueba ilícita reside en la posición preferente de la declaración de derechos fundamentales, en el lugar prioritario que ocupa en la norma constitucional, superior al valor que deriva de la necesidad de búsqueda y descubrimiento de la verdad, lo que lleva a que este último deba ceder ante aquella primacía constitucional, pues no otra cosa exige la plena efectividad de los derechos fundamentales.

Así, las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales son inválidas y no producen, ni pueden producir efecto alguno y existe respecto de ellas una prohibición absoluta de valoración.

Siendo éste el fundamento constitucional inmediato de la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de pruebas ilícitas, sólo indirectamente cumple este tipo de prueba en España una labor de persuasión a los órganos policiales y de investigación a los fines de evitar que no se aprovechen de una prueba obtenida con infracción de derechos. La prueba es ilícita siempre que se vulneran las garantías constitucionales, al margen de la mala o buena fe de los autores de la violación. Es un efecto automático

derivado de la posición de los derechos en el marco constitucional (STC 114/84). Y, en este punto, es evidente que la violación se produce cuando se afecta a cualquiera de los presupuestos que derivan de la CE y la ley, que el TC ha desarrollado, especialmente la proporcionalidad en todas sus manifestaciones, sin que quepa efectuar artificialmente distinciones cuantitativas que pueden trascender o minorar la ineficacia, es decir, valorar los requisitos generales de forma diferente a la hora de cualificar una prueba como ilegítima originariamente y luego, cuando coincide en el caso una derivada, descalificar esa previa calificación y minusvalorar los presupuestos reduciéndolos a meras exigencias procesales que no son susceptibles de engendrar el efecto de la nulidad. O, lo que es lo mismo, negar el efecto de la nulidad de una prueba derivada que, aunque válida en apariencia, es resultante de la originaria, pero considerar su eficacia sobre la base de entender que la previa nulidad de la originaria, declarada, tiene una intensidad escasa de forma que no requiere una protección especial adecuada a su naturaleza de infracción de derechos esenciales o, sencillamente, de tenerla, no se produjo la violación con mala fe. Porque de este modo la violación del derecho originario se subordina a la eficacia de la prueba derivada al entender la jurisprudencia que, cuando el requisito constitucional que generó la nulidad de la prueba originaria, aunque suficiente para decretarla, no debe operar con la misma intensidad respecto de la derivada, se rompe la vinculación llamada jurídica, que se convierte así en una mera homologación indirecta de lo nulo.

El art. 11,1 LOPJ, declara la ilicitud de las pruebas indirectamente obtenidas, estableciendo su nulidad por el hecho exclusivo de ser derivadas, es decir, dependientes o conexas, causalmente obtenidas de las originarias. Sólo se exige, pues, esa relación de causalidad, esa conexión natural. No otra cosa puede interpretarse a la vista de la ley y de la propia Constitución y, sobre todo, de los principios que rigen la declaración de ilicitud de las pruebas originarias, su fundamento, que, insisto, es la preservación de los derechos por sí mismos, al margen de otros fines indirectos que, en todo caso, no pueden elevarse sobre el que justifica la supresión de los efectos probatorios a las pruebas prohibidas. La finalidad persuasiva en modo alguno puede elevarse sobre la que constituye su fundamento en España y menos cuando la LOPJ se manifiesta en términos tan claros. Y ello sin negar que la disuasión forma parte del mismo concepto de prueba ilícita, pues la sanción de ineffectividad va dirigida, indirectamente, a evitar este tipo de conductas. Lo esencial, no obstante, es que esa función no es la que fundamenta la prohibición, sino secundaria de la principal.

Si la prueba directa es nula porque afecta a los derechos, la derivada lo es por idéntica razón, por estar afectada indirectamente por la misma violación de los derechos. La nulidad extiende sus efectos a la prueba derivada sólo por el hecho de participar de las infracciones constitucionales, salvo en los casos en que la indirecta sea absolutamente independiente. El fundamento es el mismo: la preservación de los valores constitucionales. Por tanto, el fundamento de la prueba derivada, aunque no afecte directamente al derecho previamente vulnerado, reside en aquel derecho violado, cuya efectividad exige la ineficacia de este tipo de actuaciones. No es positivo buscar otros fundamentos diferentes del derecho originario en la prueba indirecta, ya que hacerlo significa o puede significar precisamente una apertura a su uso ilimitada o de perfiles poco nítidos y, sobre todo, excesivamente discrecional. Cuando una misma norma prohíbe el uso de pruebas directas o indirectas porque violan derechos fundamentales y asigna a la derivada la misma consecuencia, es porque se entiende que el derecho

vulnerado exige la ineficacia de la prueba mediata para lograr un respeto integral. No hacerlo así está en la base de la doctrina constitucional que creó la teoría de la conexión de antijuridicidad cuyo fundamento reside en negar que el derecho originariamente quede afectado por la prueba derivada que considera lícita y ajena a aquel salvo condiciones especiales. En suma, que convierte en excepción que debe ser probada lo que ley establece como regla que se presume. Y a todo ello suma que eleva una finalidad, la disuasoria a un rango que ni la Constitución, ni la ley prevén como tal, pues ni siquiera establecen tal función de modo expreso.

La teoría de la conexión de antijuridicidad es, a la vista del fundamento constitucional aludido, un artificio contrario al sistema español, un mecanismo que acude a otros elementos de valoración que son opuestos al fundamento esencial y básico, de modo que, desconociéndolo, por vía indirecta, permite el uso o aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por medio de pruebas ilegítimas. Incurre en una grave contradicción, pues, anulando las pruebas originarias con base en el principio de protección de derechos como elemento central, subordina este principio a la hora de valorar las indirectas, de modo y manera que introduce por esta vía artificiosa los hechos conocidos mediante una violación primaria de derechos. Se traduce, pues, la teoría en una anulación de facto del art. 11,1 LOPJ y de la misma Constitución.

El TC, en este sentido, sostiene en todo caso y situación, como proclama básica e irrenunciable, que todo elemento probatorio que se deduzca a partir de una vulneración de derechos fundamentales, se halla incurso en una prohibición de valoración (SsTC 151/1998, 13 julio; 171/1999, 27 septiembre), pero matiza inmediatamente esta regla afirmando que no toda prueba conectada naturalmente, es decir, derivada y no independiente (STS 26 noviembre 2003) es automáticamente ilícita (SsTC 8/2000, 17 enero; 136/2000, 29 mayo). Y, a este efecto de negar a la relación de causalidad natural el efecto de la nulidad, parte de considerar que las pruebas derivadas, aunque dependientes y aprovechadas del conocimiento adquirido en la originaria nula, son lícitas por no haberse obtenido infringiendo directamente derechos, de manera que su valoración debe justificarse en la vinculación que tengan con las primeras, las viciadas, a cuyo fin, sin embargo, no otorga supremacía al aprovechamiento del conocimiento, sino a elementos que desvirtúan la misma nulidad previamente declarada. Y, ¿cómo establece el TC esa diferencia o ese valor de la conexión que denomina jurídica?. Pues con un fundamento adicional, que superpone al constitucional, cual es que, en sus palabras, “no es otro que el propósito de alcanzar una efectiva preservación de los derechos fundamentales mediante una medida cuyo propósito sea disuadir de su lesión” (STC 239/1999, 20 diciembre).

Aquí reside la explicación de la teoría y de sus consecuencias y la razón por la cual quiebra el modelo al entremezclarse sistemas y principios diferentes, de modo que, aplicado uno, se modera mediante el otro hasta el punto de anularlo de hecho. El TC, para llegar a esta conclusión, acude a otro sistema, el anglosajón, en lo tocante a establecer los cánones en que se basa la conexión de antijuridicidad, los cuales, como es sabido, responden a otros fines y tienen su origen en situaciones no comparables. Como es sabido, en EEUU, la prueba ilícita nace con una pretensión diferente a la fundamentación de la misma en España, cual es, sin olvidar naturalmente la debida protección de los derechos, atribuir a los jueces el control sobre la policía en un sistema, como el adversarial, en el que aquéllos carecen de efectivas facultades de control sobre

este órgano de persecución, pues son muy poco intervencionistas en el proceso. De esta manera, pues, la finalidad esencial del concepto era la disuadir a la policía de conductas ilícitas, concediendo a los tribunales instrumentos de control sobre la actividad policial para evitar que pudieran ingresar en el proceso, directa o indirectamente (fruto del árbol ponzoñoso) elementos adquiridos con violación de derechos fundamentales⁴³. De este modo, siendo esta la finalidad, no existe prueba ilícita cuando se dan ciertas condiciones que acreditan la buena fe de la policía, un hallazgo casual, se prueba que la investigación normal hubiera conducido a un mismo resultado etc...Pero, lo decisivo en EEUU es que, estos elementos se aplican a la prueba originaria en primer lugar, de modo que una prueba obtenida con violación de derechos, si no lo fue con mala fe, si no fue buscada de propósito para beneficiarse de la infracción, es plenamente válida, ya que lo esencial no es la protección de los derechos en sí mismos considerados, sino el control sobre los órganos de investigación penal y la evitación del abuso de posición.

Que esta finalidad sea loable y aceptable no se pone en duda, pero la misma debe ocupar una posición subordinada a la característica del sistema constitucional español. No obstante ello, el TC, desde la sentencia 81/98 de 2 de abril, la alteró, le otorgó una preferencia tal que ha llegado a subordinar la primaria e identificadora del modelo español. Para dicha sentencia, la problemática de las prohibiciones probatorias no es una mera cuestión procesal –ni siquiera constitucional se podría decir a mi juicio a la vista de lo sostenido–, sino que responde al núcleo central de las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos.”*Si los Poderes Públicos, tras violentar un derecho constitucional pueden explotar o aprovecharse de dicha violación en perjuicio del ciudadano por el mero hecho de que éste haya admitido....el hecho que constituye el resultado manifiesto de la infracción, se quiebra la confianza en que se sustenta el pacto constitucional*”. A partir de ahí, es obvio que no se pare el análisis del efecto de la prueba originaria sobre la derivada en la sola relación casual, sino que se profundice en la intensidad de la infracción inicial, es decir, si la misma es capaz de sustentar una presunción real de uso de mecanismos ilícitos intencionados o es fruto de un error y, consecuentemente, si la derivada, por tanto, debe ser útil incluso para revivir esa infracción originaria de modo indirecto, pues ese y solo ese es el fin pretendido con la teoría de la conexión de antijuridicidad, el de subsanar las pruebas ilícitas sorteando la prohibición constitucional de su uso mediante razonamientos que la supeditan a fines de seguridad. Lo que no se hace al analizar la prueba originaria, se lleva a cabo posteriormente incorporando elementos de reflexión que superponen a los esenciales, provocando una grave crisis del modelo.

Porque, y ahí está la explicación de la teoría, una vez declarada la nulidad de la prueba originaria y aceptada la conexión natural con la derivada, la dependencia entre pruebas directas nulas e indirectas, a estas últimas les aplica criterios que no coinciden con la necesaria protección de los derechos, sino que sitúa en un lugar preeminente los dirigidos a evitar actuaciones indebidas de los órganos de persecución penal. De esta manera, relega el fundamento constitucional de la prueba ilícita a fines no dispuestos en la ley o que deberían supeditarse a ellos y lo hace con criterios que parten siempre de una prueba, la originaria, nula de pleno derecho. No cabe duda de que, al hacerlo, como reconoce la dependencia de la prueba indirecta, está aceptando la validez de los

⁴³ Vide al respecto SAN MARTÍN CASTRO.Op. cit. Pags. 880 y ss.

conocimientos obtenidos con la prueba nula originaria que, aunque nula, pero poco según la teoría aunque se disimule con discursos escasamente comprensibles, se aprovechan indirectamente. Y se aprovechan aunque afecten a los principios constitucionales en que se asienta la prohibición de valoración de pruebas ilegítimas, ya que este principio se supedita a otro ajeno al modelo español o, al menos, es secundario. La STC 81/1998, de 2 de abril es clara al respecto al sostener que, cuando la violación del derecho no consista en una falta de autorización judicial o ausencia de motivación, sino en una fundamentación insuficiente, habrá de considerarse excluida de la acción la intencionalidad de vulneración y la negligencia grave, entrando en el ámbito del error, error que, por tanto, excluye las necesidades de disuasión que sitúa como elemento central, en detrimento de la vulneración en sí misma considerada, para otorgar indirectamente valor a una prueba que es nula. El TC, así, no considera, aunque lo haga a través de una prueba indirecta, que deba protegerse el derecho, que sea el mismo digno de tutela aunque se haya violado, pues, en realidad, supedita la vigencia del mismo a criterios de diferente naturaleza.

En EEUU, el análisis de la actuación del Estado opera como dato a partir del cual se anula una prueba viciada, esto es, la contemplación del abuso por parte del Estado en la obtención de fuentes de prueba sirve para la preservación de los derechos en tanto, de modo primario determina que un medio concreto sea expulsado del proceso. Cumple, pues una función de protección de los derechos.

Por el contrario, en España, en tanto los derechos se preservan por razones de otra índole y su violación implica la nulidad del acto por sí misma, el análisis de la actuación de los poderes públicos que se hace al valorar la infracción del derecho en la prueba originaria cuando de dar validez a la vinculada se trata, opera en un sentido radicalmente diferente. No como garantía del derecho, que ya es nulo e implica la nulidad del medio dependiente, sino como argumento para recuperar la validez de una prueba que ya es nula. Lo que en el sistema anglosajón constituye una garantía de los ciudadanos, aquí se torna en un elemento de recorte de los derechos y libertades. Lo que allí sirve para un control de los poderes públicos, se convierte aquí, a la vista además de la ligereza con la que se actúa en materia de confesión, en un acicate que puede favorecer las transgresiones. Aunque una prueba sea nula, puede subsanarse con otra posterior dependiente, siempre que la violación primaria no sea excesivamente grave y que no se pueda acreditar la mala fe inicial.

Como conclusión puede decirse que, la declaración de validez o nulidad de la prueba derivada, en la conexión de antijuridicidad, no se hace depender de ella misma, de su aprovechamiento real de la originaria, sino de la nulidad de la primera, de la valoración que se hace de esa nulidad, de la entidad que los tribunales le adjudiquen y, a la vez, de criterios ajenos a la nulidad derivada de la violación de garantías, tales como los que se refieren a la actuación de los poderes públicos a la hora de obtener la prueba originaria.

El TC ignora, de hecho, que la prueba es nula y no puede tener efecto alguno, pero, para admitir la indirecta, subsana la originaria en los casos en que entiende que la nulidad no es grave (concepto que construye sin criterios jurídicos en que asentarse) o que la misma fue obtenida con buena fe. Esta es la realidad de la teoría, la subsanación posterior de la prueba ilícita mediante el mecanismo de su reiteración por una posterior que se acepta dependiente, pero que no es expulsada porque se rechaza la misma

nulidad constitucional, que en realidad se cualifica como excesiva en contra de la misma Constitución y la ley.

Así, si la infracción constitucional no fue grave y por ello no necesitada de una protección especial, de una tutela determinada abstracta y subjetiva, que depende de la sensibilidad hacia los derechos de cada tribunal y por no estimarse afectado el contenido esencial del derecho, criterio igualmente abstracto, la prueba indirecta es proclamada válida. Y, es obvio, esa validez no lo es por sí misma, sino porque la originaria es indirectamente resucitada. La interdicción proclamada por el art. 11,1 LOPJ, que pretende la nulidad de las pruebas indirectas, llega así a pervertirse para convertirse exactamente en lo contrario, en un instrumento de otorgamiento de validez a las pruebas originarias, de subsanación indirecta de las pruebas ilícitamente obtenidas. Porque eso es lo que sucede con el mecanismo diseñado. Todo el recorrido de la conexión jurídica, dirigido a analizar la infracción originaria, tiene como resultado subsanar la prueba ilícita y su reproducción indirecta por medio de la derivada. Un fraude constitucional y legal, difícil de detectar entre tanto discurso, pero sumamente eficaz a la vista de los resultados.

La teoría de la conexión de antijuridicidad, de este modo y si bien se mira, no sirve tampoco para lograr una persuasión de la policía en orden a evitar en la investigación el uso de mecanismos inconstitucionales, sino que, incluso, puede constituirse en un acicate para su uso. Sabiendo que toda prueba prohibida puede verse posteriormente convalidada en su objeto por una derivada, puede ser oportuno practicar la primera incurriendo en irregularidades para luego, mediante su reproducción posterior, obtener el uso de los hallazgos de modo indirecto. Si no existe otra prueba, es evidente que la nulidad significará la expulsión de los hechos conocidos por la originaria; pero, si se reitera ese conocimiento por una posterior, la primera recobrará indirectamente su valor. En suma, si el art. 11,1 LOPJ pretende excluir las pruebas indirectas, con la teoría de la conexión de antijuridicidad se logra exactamente lo contrario, es decir, otorgar valor a pruebas prohibidas mediante las derivadas que se convierten en mecanismos de subsanación.

La teoría, ha demostrado su eficacia en orden a favorecer el uso de pruebas ilícitas y retrasar su ineficacia, buscando que de la misma deriven otras, pero susceptibles de justificarse en una desconexión jurídica. Es tal la amplitud de la doctrina constitucional que todo el diseño de la prueba ilícita se ha visto trastocado. El tiempo irá poniendo cada cosa en su lugar, si bien es el legislador el que debería adquirir compromisos que no cumple, siendo el responsable de una situación que podría evitarse mediante la promulgación de normas claras y precisas. Este trabajo ha intentado poner sobre la mesa unos cuantos apuntes acerca de problemas de cierta entidad, todos los cuales podrían ser subsanados por el legislador evitando así que la jurisprudencia, en su labor diaria de aplicación de la ley al caso concreto, excediera del ámbito de su función y aplicara criterios que la norma no permite afirmar.