

LA LEY Probática

Julio-Septiembre 2020 | 01

**La prueba ilícita:
un concepto todavía
por definir**, *Joan Picó i Junoy*

EN PRIMERA PERSONA

→ Xavier Abel LLuch

→ Antonio Garrigues Walker

DIRECCIÓN
Dr. Frederic Munné Catarina

SUMARIO

EDITORIAL

TRIBUNA

- La prueba ilícita: un concepto todavía por definir, *Joan Picó i Junoy*
- La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida, *José María Nacarino Lorente*

EN PRIMERA PERSONA

- Xavier Abel LLuch
- Antoni Garrigues Walker

PRACTICA FORENSE

- ¿Dónde están mis linderos? La pericia en la delimitación precisa inmobiliaria. Inscripción gráfica y coordinación Registro de la Propiedad-Catastro, *Alberto Antón Merino*
- La pericia como actividad dirigida al Juez, *Juan Fernández-Goula Pfaff*
- Especialidades periciales novedosas: informes periciales de cálculo de pérdida de intangibles con costes de pérdidas económicas y la intervención de la tecnología, *Selva Orejón Lozano*

DOSIER DE PROBATICA

- Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental, *Juan Antonio Andino López*

JURISPRUDENCIA DE DERECHO PROBATORIO

- Ilícitud de la prueba por falta de motivación del Auto de autorización judicial de un dispositivo de seguimiento GPS en el vehículo del sospechoso, *Manuel Richard González*

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

- Límites de la investigación de los detectives privados. Naturaleza probatoria como prueba testifical del informe de detectives privados, *Manuel Richard González*

- La prueba de la existencia de una pareja de hecho. Aunque esa prueba no sea suficiente para obtener el derecho reclamado, *Manuel Richard González*
- Sobre la validez de la denominada prueba neurocientífica para probar la imputabilidad del acusado en el proceso penal, *Manuel Richard González*

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- Valor probatorio de los correos electrónicos en la jurisdicción civil, *Luis Rodríguez Pitarque*

PASATIEMPOS PROBATORIOS

- Crucigrama Probática, *Enrique de Madrid Avila*

Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental

Juan Antonio Andino López

Profesor Asociado Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Resumen: Tras el impacto en el ámbito de la prueba ilícita en España de la STC 97/2019, el presente estudio analiza brevemente cómo en otros sistemas jurídicos la regulación o la aplicación de normas de exclusión ha ido menguando con el tiempo, maximizando el derecho a la prueba en el marco del procedimiento judicial. Así, se analizará cómo se ha producido el mismo fenómeno de reducción de la aplicación de las normas de exclusión en Estados Unidos, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

1. INTRODUCCIÓN

Las reglas de exclusión y la doctrina de los frutos del árbol prohibido son muy sugerentes para cualquier investigador, y tiene todos los elementos que pueden despertar la curiosidad de un erudito, desde la posibilidad de estudiar la doctrina estadounidense hasta la idea de perfilar el límite del derecho a la prueba en otros sistemas legales, y nos referimos a dichas reglas que excluyen una prueba debido a una violación de la Constitución y/o leyes fundamentales (1). La historia de las reglas de exclusión es la historia de un fenómeno menguante. Es cierto que el sistema legal en los Estados Unidos estableció una serie de límites para garantizar que la prueba no viole un derecho fundamental reconocido en su constitución, para garantizar una acción policial lícita en el descubrimiento e investigación de delitos, pero dicha formulación inicial ha sido progresivamente reducida, poco a poco, frente al derecho a la prueba, dirigiendo este tema a una cuestión de valoración de la prueba por el juez o por el jurado (2).

Si tenemos que excluir pruebas de los procedimientos civiles, dicha exclusión tendrá un impacto inmediato en la búsqueda de la verdad a través de los procedimientos judiciales en sí; sin embargo, la pregunta podría ser, como lo mencionaron RIJAVEC y KERESTEŠ: «¿es posible tener la corrección en el procedimiento con prueba obtenida ilegalmente o en violación de los derechos humanos?» (3).

Esa pregunta nos lleva al estudio de las reglas de exclusión en los diferentes sistemas legales, y este estudio podría ser complicado en cuanto a la determinación del origen de las reglas de exclusión, ya que, en España, por ejemplo, los autores discuten si las reglas de exclusión españolas adoptan la doctrina estadounidense de los frutos del árbol prohibido (4). Por esa razón en particular, se emitirá una breve explicación histórica con respecto a las reglas de exclusión y luego nos centraremos en el estado actual de las reglas de exclusión tanto en los Estados Unidos como en los sistemas de leyes

continentales en Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España.

2. LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN, BREVE PRELUDIO HISTÓRICO

La idea inicial sobre el origen de las reglas de exclusión consiste en tratar de detener y evitar las prácticas abusivas de jueces y policías de cualquier país, como las técnicas policiales utilizadas durante el interrogatorio de un sospechoso, para asegurar que los sospechosos sean informados de su derecho a guardar silencio durante el interrogatorio, evitar una detención prolongada en el tiempo, para detener las violaciones de búsqueda e incautación en busca de prueba incriminatoria, escuchas telefónicas, etc. Sin embargo, a pesar de esta idea introductoria común, tanto en los sistemas de *common law* como en los sistemas de derecho continental, la razón histórica de su introducción varía en cada país, como explicaremos a continuación. Es cierto que, hasta los tiempos modernos, la tortura se usaba habitualmente para obtener confesiones en presencia de un magistrado (hasta el siglo XVIII), y dicha práctica fue utilizada por la policía hasta el siglo XX (5).

Pero ¿por qué se implementaron reglas de exclusión en varios países durante el siglo XX? Como explica PAKTER, «los tribunales franceses han implementado reglas de exclusión por razones de "política pública", "derecho de defensa" y "buena administración de justicia". Estos conceptos son similares a las nociones de integridad judicial de los Estados Unidos, los derechos de los acusados y el debido proceso en Alemania, que tenía solo una débil tradición de exclusión antes de la Segunda Guerra Mundial, y que ha desarrollado reglas de exclusión para implementar disposiciones en la Constitución Federal de 1949 que garantizan la dignidad humana y el derecho al desarrollo de la persona. Italia, que no tenía una tradición anterior a la guerra de excluir prueba, ha derivado reglas excluyentes en su Constitución de 1948 para proteger los derechos civiles de los ciudadanos contra una actividad policial ilegal». Añadimos, con respecto al Reino Unido, que dicho país es hostil a la hora de excluir cualquier prueba relevante en casos penales (6). Con respecto a España, debemos agregar que no existe una tradición de excluir pruebas hasta la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuya doctrina cristalizó en el art. 11 LOPJ (7).

De hecho, la primera sentencia de la que tenemos constancia que excluyera una prueba del proceso fue emitida por el *Parlement de Toulouse* (Francia) el 12 de febrero de 1672, que declaró nula y sin valor alguno un registro ilegal (8). Pero ¿cuáles fueron los antecedentes históricos para promulgar reglas de exclusión en cada país? Los autores se centran en el período posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial en Europa (aunque también mencionaremos a los Estados Unidos), e incluso después de ese evento (como es el ejemplo de España). Al final de la Segunda Guerra Mundial Europa estaba en un «estado de caos económico y constitucional» (9). El Alto Mando Aliado tenía la carga de restaurar el orden y la solución aplicada fue diferente para Francia, Alemania e Italia, que procedemos a resumir a continuación.

En primer lugar, Francia rechazó abiertamente la asistencia de los Aliados en sus asuntos internos, porque se promulgó la Constitución de 1946 para resolver la crisis de la disolución del régimen de Vichy, un régimen que cooperó con los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Como resultado de eso, se emitió una purga interna y las violaciones del debido proceso antes de la Guerra continuaron

después de ella, y el uso de la violencia y la tortura por parte de la policía se usó al menos hasta fines de la década de 1950, lo que llevó a la promulgación de reglas de exclusión respecto a las pruebas obtenidas con una violación de los derechos fundamentales, con los matices que veremos posteriormente (10).

Por su parte, Alemania no tuvo la oportunidad de decidir, ya que los Aliados administraron Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, y establecieron tribunales militares para controlar a la policía civil alemana antes de rearmarlos y reinstalarlos, y los tribunales alemanes se reabrieron después de los procedimientos de desnazificación en el otoño de 1945. Bajo tal escenario, se promulgaron normas de exclusión probatoria bajo la justificación de evitar la repetición de las prácticas que ocurrieron bajo el régimen nazi, y luego, cuando se cubrió dicha prevención, para garantizar la dignidad humana (11).

Italia es un caso similar a Francia, en el sentido de que los Aliados no ayudaron a dicho país después de la Segunda Guerra Mundial, lo que podría resultar extraño porque Italia estaba gobernada por un régimen fascista antes y durante la Guerra. Las reglas de exclusión no se promulgaron en Italia hasta finales de la década de 1960 porque no había fuerzas de ocupación para ayudar y mantener el orden, y también porque, a diferencia de Francia y Alemania, los tribunales italianos aplicaron sanciones penales a la policía que obtenía pruebas a través de la fuerza y a la que procedió con registros e incautaciones ilegales. Los Aliados no ayudaron porque consideraron que los ciudadanos desempeñaron un papel importante en su propia liberación, y también porque la violación de los derechos humanos llevada a cabo por los fascistas en Italia fue menor que la causada por los nazis en Alemania. Por lo tanto, los partisanos jugaron un papel importante para liberar a Italia del fascismo, y la monarquía italiana fue reemplazada por la República italiana después de un referéndum de 1947 (12).

Para valorar las normas de exclusión en España no tenemos que mirar al final de la Segunda Guerra Mundial, sino a la muerte del dictador Franco y a la transición política a la democracia, que tuvo lugar durante la década de 1970. Las normas de exclusión se aplicaron y reconocieron en primer lugar por el Tribunal Constitucional español con su sentencia número 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, que condujo en 1985 a la promulgación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y finalmente, en el ámbito civil, en el año 2000 con la promulgación del artículo 287 de la Ley Procesal Civil española, que establece que si se obtiene una prueba que viola un derecho constitucional fundamental, dicha prueba no puede aportarse a un procedimiento judicial. Sin embargo, como veremos, dicha doctrina ha quedado súbitamente impactada tras la STC 97/2019, de 16 de julio de 2019.

Por último, pero no menos importante, tenemos que mencionar brevemente cómo las reglas de exclusión también se implementaron en los Estados Unidos. Se entiende que las reglas de exclusión se aplicaron cuando la Cuarta, Quinta y/o Sexta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos eran violadas por la policía (13), gracias a los casos judiciales emitidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que sometieron la violación de las referidas Enmiendas a una cuestión de orden federal. Centrándose en la Cuarta Enmienda, en 1961 la Corte Suprema declaró en *Mapp v. Ohio* que la exclusión de la prueba obtenida como resultado de una violación de la Cuarta Enmienda en un

registro e incautación era una cuestión federal (aplicada en consecuencia a todos los Estados de los Estados Unidos). Como se menciona en *Mapp*, la razón detrás de la regla de exclusión es el principio del imperativo de la integridad judicial: los jueces y magistrados no pueden beneficiarse ni ser cómplices de una acción inconstitucional llevada a cabo por agentes de policía. La construcción de la regla de exclusión continuó posteriormente con *Massiah v. Estados Unidos* (declarando el derecho a un abogado garantizado por la Sexta Enmienda, y excluyendo la prueba obtenida mediante la confesión del acusado sin asistencia letrada), y finalmente con *Miranda v. Arizona* (declarando el incumplimiento de la Quinta Enmienda en el supuesto en el que el sospechoso no sea informado de sus derechos y los renuncie voluntariamente). Por lo tanto, podemos sostener que, en los años en que se pronunciaron dichas sentencias, la constitución federal de los Estados Unidos actuó como un estándar primario para la admisibilidad de las pruebas obtenidas ilegalmente (14). La escala para aplicar la regla de exclusión cuando hay una violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución es proporcionada por el llamado «*test de Katz*» (15), que establece que «si la prueba se obtuvo como resultado de un registro sujeto a la regulación de la Cuarta Enmienda, y si el citado registro no se realizó de conformidad con una orden judicial válida, entonces el descubrimiento de la prueba es ilegal a menos que los hechos concretos constituyan una excepción al requisito general de una garantía judicial y constituyan una causa probable» (16).

¿Por qué las reglas de exclusión también se implementaron en los Estados Unidos? Porque se sostiene que «la policía tenía una cultura de violencia y secretismo; y administraron "justicia sin juicio". Más allá de eso, eran racistas, intolerantes y arrogantes, características que parecían cada vez más evidentes y más preocupantes a medida que avanzaba la década de 1960» (17). Veremos que, incluso bajo reglas de exclusión en vigor, pronto surgieron excepciones a las mismas, y tal vez podamos argumentar, junto con SKLANSKY, que «los tribunales tienen el derecho de sugerir que la policía ha cambiado mucho desde la década de 1960» (18), y quizás debemos preguntarnos: ¿han quedado obsoletas las reglas de exclusión en los Estados Unidos?

En definitiva, podemos comprobar que las reglas de exclusión, tanto en el derecho continental como en el *common law*, se implementaron para tratar de detener los abusos policiales en la búsqueda y registro y en la violación de los derechos fundamentales; sin embargo, como veremos, el alcance de dichas reglas se redujo progresivamente en diferentes resoluciones judiciales, estableciendo excepciones que han dejado las reglas de exclusión a una evidente disminución. Para ello, tomaré como punto de partida la regulación de las reglas de exclusión en Estados Unidos y su progresiva disminución, ya que es un modelo que, veremos, se produce también en el ámbito del derecho continental.

3. REGULACIÓN DE LAS NORMAS DE EXCLUSIÓN

3.1. El punto de partida: la progresiva reducción de las normas de exclusión en Estados Unidos

Se dice que, después de *Mapp v. Ohio*, los departamentos de policía comenzaron a estudiar las consecuencias constitucionales de las diligencias de entrada y registro sin órdenes judiciales en los procesos penales, y a comprender el estado legal y el marco de la Cuarta Enmienda de la Constitución (19). Cuando el Presidente del Tribunal Supremo, Earl Warren, se retiró en 1969, la

doctrina de la regla de exclusión también comenzó a ser reducida lentamente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Como hemos visto en *Mapp*, la razón detrás de la exclusión era el principio del «imperativo de la integridad judicial» (*imperative of judicial integrity*), que afirmaba que los jueces y magistrados no pueden beneficiarse ni ser cómplices de una acción inconstitucional llevada a cabo por agentes de policía, y si admiten la prueba obtenida ilegalmente por la policía, les haría cómplices de tal ilegalidad, y la conclusión fue que la regla de exclusión estaba en consecuencia directamente relacionada con la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Dicha doctrina cambió en la década de 1970 con *Calandra* y *Janis* (20). Con dichas sentencias, se abandonó el principio de imperativo de integridad judicial porque los jueces no pueden ser cómplices cuando la violación de la Cuarta Enmienda no ha sido ejecutada por ellos y fue ejecutada por la policía incluso antes de que existiera un procedimiento judicial, y la norma de exclusión se entendió así en adelante como elemento disuasorio (*deterrent effect*) para futuras intervenciones policiales. Así, la justificación de la regla de exclusión consiste evitar futuros comportamientos ilegales de la policía al obtener pruebas, y evitar la violación de la Cuarta Enmienda (21), pero para hacer que la policía respetara dicha Enmienda en el futuro, se abrió entonces una valoración judicial para aplicar o no la propia regla de exclusión. Dicha doctrina es importante porque el punto de vista principal es el efecto disuasorio de la propia regla de exclusión y, por lo tanto, la regla de exclusión deja de tener naturaleza constitucional y pasa a ser un simple recurso de creación judicial, y «la Corte ha aplicado una prueba de equilibrio que establece beneficios disuasivos de la exclusión contra sus costos medidos en términos de prueba perdida» (22).

Dado que la regla de exclusión en los EE. UU. se convierte en un recurso de creación judicial (dejando de ser una cuestión directamente constitucional), permite que se aplique una lista de excepciones a la regla de exclusión, por ejemplo (23): (i) cuando hay una violación de las reglas de la doctrina *Miranda*, pero dicha violación ha sido involuntaria o ha sido una violación imprudente por parte de la policía (24); (ii) excepción de seguridad pública, declarada en *Nueva York v. Quarles* (25), en la cual el oficial interrogó directamente al Sr. Quarles sobre la ubicación concreta de un arma sin leer sus derechos en primer lugar, de acuerdo con la doctrina *Miranda*. La Corte Suprema declaró que las reglas de *Miranda* son advertencias profilácticas, pero no constituyen derechos protegidos por la constitución, reafirmando lo que ya se había dicho en *Michigan v. Tucker* (26); (iii) la *impeachment exception* (27): el jurado no puede usar las declaraciones inculpativas del acusado tomadas por violación de la doctrina *Miranda* antes del procedimiento judicial, pero puede tomarlas en consideración para determinar la credibilidad del acusado, confrontando el contenido de dichas declaraciones con las realizadas por él en el acto de juicio; (iv) excepción de error inofensivo (*harmless error exception*) (28): según la cual el tribunal analizará el «error» policial que ha causado la violación constitucional. Si dicho «error» es insignificante o inocuo (es decir, no es relevante para determinar la culpabilidad del acusado), se aplicará esa excepción. La regla de exclusión no se aplicará mientras la acusación demuestre más allá de cualquier duda razonable que la admisión de la prueba en primera instancia no tuvo un impacto final o una gran relevancia en la declaración de culpabilidad del acusado; y (v) la excepción de buena fe (*good faith exception*) (29), lo que significa que la regla de exclusión no se aplicará en caso de que se pruebe que la policía actuó de buena fe

(entendida como una acción policial de buena fe, bajo la creencia objetivamente razonable de que ellos actuaron de acuerdo con el sistema legal y no implicaba una violación constitucional) debido al hecho de que, en dichas circunstancias, la regla de exclusión no cumplió con ningún efecto disuasorio.

Finalmente, se dice que las reglas de exclusión han sido casi dismanteladas después de la sentencia *Hudson v. Michigan* (30), en la cual el Tribunal Supremo estableció un análisis de dos pasos (*two-step analysis*) de la regla de exclusión: primero, los tribunales deben determinar si la violación constitucional fue la causa directa de la obtención de la prueba y, además, si la violación no puede ser mitigada en relación con los intereses sometidos a protección; segundo, al aplicar la técnica de ponderación de intereses, los tribunales deben determinar si los costos sociales de suprimir la prueba superan el beneficio de disuadir futuras violaciones constitucionales. Como podemos ver, dicho juicio casi implica la obsolescencia y la no aplicación de la regla de exclusión bajo el argumento de que «ahora tenemos cada vez más pruebas de que las fuerzas policiales en los Estados Unidos toman en serio los derechos constitucionales de los ciudadanos» (31), cuando existe prueba justamente de lo contrario (32).

Pero ¿cuál es el presente o el futuro de las reglas de exclusión? Las opciones apuntadas por parte de la doctrina son varias:

- Las reglas de exclusión no deben aplicarse porque se ha demostrado que tienen un efecto disuasorio real de dichas reglas hacia la acción presente o futura de la policía (33).
- No existe un consenso común hacia un verdadero efecto disuasorio, porque diferirá de un departamento de policía a otro y depende de otros factores (34).
- La regla de exclusión no tendría que ser totalmente abandonada porque todavía despliega efectos que se pueden aplicar antes de cualquier otra medida alternativa (35).

Determinaremos a continuación que la experiencia de EE. UU. ha influido en los sistemas legales vigentes en Europa: las reglas de exclusión aplicadas por los tribunales se han ido reduciendo progresivamente, prevaleciendo el derecho a la prueba y dejando la regla de exclusión como una solución antigua a una violación de derechos constitucionales. Como sucedió en los Estados Unidos, hoy en día todavía existe la posibilidad de excluir una prueba, pero prevalece el derecho a la prueba porque también se entiende que el trabajo de la policía (o de los particulares) se realiza correctamente.

3.2. Países que han promulgado legislación expresa que excluye la prueba que vulnera un derecho fundamental

Este es el caso de España; para empezar, el derecho a la prueba es un derecho fundamental establecido en el artículo 24 de su Constitución. Por lo tanto, si una prueba tiene que ser expulsada de los procedimientos judiciales es porque dicha prueba viola directamente un derecho fundamental (por ejemplo, una prueba obtenida mediante tortura o violando el secreto de las comunicaciones entre las partes). Sin embargo, y en el caso específico de España, se ha promulgado el artículo 11 de

la Ley Orgánica del Poder Judicial, y también el artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, dichos artículos deben estudiarse juntamente con la evolución de las sentencias dictadas por parte del Tribunal Constitucional español (36). Para resumir dicha doctrina, las sentencias judiciales (así como los artículos mencionados) establecen que una prueba que ha violado un derecho fundamental deberá ser expulsada de los procedimientos judiciales. Al principio, debemos tener en cuenta que, para el Tribunal Constitucional español, la violación de un derecho fundamental es tan grave que la prueba que se pretende adjuntar al proceso que viola un derecho fundamental debe ser expulsada inmediatamente del mismo, por lo que el juez no puede tomar en consideración o valorar dicha prueba. Veremos que dicha idea inicial (tal como se aplicó durante estos años) ha cambiado debido a la STC 97/2019, de 16 de julio de 2019.

El punto de partida de las reglas de exclusión en España corresponde a la STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, que representó el primer caso en el que se puso sobre la mesa la cuestión de la norma de exclusión, y el TC declaró que en el caso en el que la obtención de una prueba se violara un derecho fundamental entonces dicha prueba tendrá que ser expulsada del proceso, sin posibilidad de que el juez la pueda valorar. Dicho punto de partida implicaba en 1985 la promulgación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Después de dicha promulgación, también había una base legal para expulsar de un procedimiento judicial cualquier prueba obtenida que violara directa o indirectamente un derecho fundamental establecido en la Constitución española. El término «indirectamente» abría pues la doctrina de los frutos del árbol prohibido en España (con base en la STC 114/1984), y fue confirmado por la STC 85/1994, de 14 de marzo.

Hasta la década de los noventa, la situación judicial era bastante clara en España, pero como sucedió en los EE.UU., Las excepciones a la regla general de exclusión comenzaron a aplicarse: la primera Sentencia se refirió a la «prueba legalmente independiente» (STC 86/1995, de 6 de junio), y corresponde con una excepción importada directamente de los Estados Unidos. La STC 86/1995 atribuye la condición de «prueba legalmente independiente» a la confesión voluntaria del acusado en el contexto del procedimiento penal, dado que dicha confesión ocurrió después de una intervención telefónica en violación del derecho al secreto de las comunicaciones, y parte de la doctrina española considera que el juicio español parece estar inspirado por la excepción de la conexión causal atenuada (purged taint) de la jurisprudencia estadounidense, que se basa en el caso *Wong Sun v. Estados Unidos* (37), donde casi toda la prueba obtenida por la policía fue rechazada, basándose en un registro ilegal, pero sin embargo, la confesión de uno de los acusados fue validada, porque había tenido lugar después de que terminara el arresto, mediante la asistencia voluntaria del confesor en las oficinas de la policía y después de ser informado de sus derechos. En este sentido, y a pesar de considerar a la Corte Suprema de los Estados Unidos que, si el registro ilegal inicial no existiera, la confesión probablemente no hubiera ocurrido, aunque la voluntariedad y la información de los derechos del confesor fueron hechos decisivos para romper la relación de causalidad entre prueba ilícita (entrada y registro ilegal) y la posterior confesión voluntaria (38).

La segunda excepción está representada por el «descubrimiento inevitable» de la prueba, y se basa en la STC 974/1997, de 4 de julio. El «descubrimiento inevitable» debe limitarse a los supuestos de las acciones policiales llevadas a cabo de «buena fe», para evitar la promoción de acciones que tienden a «acelerar», a través de cauces no constitucionales para obtener una prueba que se obtendría indefectiblemente por otros medios, pero más tarde; buena fe que en este caso concurre porque hubo una autorización judicial debidamente obtenida, aunque la misma tuviera una motivación deficiente (39).

La tercera excepción está representada por la doctrina del «hallazgo causal», desarrollada en la STC 1313/2000, de 21 de julio, que establece una variación del «descubrimiento inevitable» mencionado anteriormente. El ejemplo de la Sentencia es el siguiente: en una entrada y registro en un lugar específico, la policía encontró drogas en los pantalones del acusado. Si bien el hallazgo de la droga no está justificado por el tenor literal de la orden judicial, el hallazgo estaría protegido por la flagrancia del delito, no siendo de ninguna manera nulo dicho hallazgo (40).

Según varios autores, la cuarta excepción vino a representar un duro golpe para las normas de exclusión (aunque, como veremos, con un impacto menor que el provocado por la STC 97/2019), y se establece en la STC 81/1998, de 2 de abril, promulgando la doctrina de la «conexión de la antijuridicidad». De acuerdo con la doctrina antes mencionada, para el reconocimiento de la ineficacia de la prueba (regla de exclusión) se solicita un elemento adicional, la conexión de la antijuridicidad, cuya libre valoración por parte del juez dependerá de la perspectiva interna (naturaleza y características de la violación original) del derecho fundamental) y de la perspectiva externa (las necesidades de protección del derecho fundamental afectado por la ilegalidad). La doctrina de la conexión de la antijuridicidad se ha aplicado a los supuestos de confesión voluntaria del acusado (41) y al descubrimiento independiente (si existen diferentes líneas de investigación, se defiende la idea de que, si una de ellas es anulada por inconstitucional, el resto de las líneas deben subsistir y mostrar sus efectos probatorios en el marco del procedimiento) (42).

La última es la llamada «excepción de buena fe», y esta excepción se aplica a aquellas acciones policiales que se llevan a cabo bajo la firme convicción de su legalidad por la policía. Así, por ejemplo, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el caso de una entrada y registro en una casa, llevado a cabo por la policía con el consentimiento de la esposa del acusado, siendo el resultado del cual el hallazgo de un arma. Así, el tribunal considera que existe una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la Constitución española), porque considera que el consentimiento de la esposa no era válido, pero aplica la doctrina de la buena fe policial porque el consentimiento de la esposa parecía una autorización suficiente para llevar a cabo la entrada y registro, y esto llevó a la policía a creer firmemente que se respetaba la Constitución en dicha actuación. El Tribunal indica, en dicha Sentencia, que «la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por así decirlo, un mero accidente» (43).

No obstante, en el campo de las normas de exclusión en España, debemos acabar citando la STC 97/2019, que formula las siguientes tres reglas en materia de prueba ilícita:

«Primera: la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado;

Segunda: la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE); y

Tercera: la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso justo y equitativo. La cuestión a dilucidar es ¿Cuáles son los elementos necesarios de este juicio ponderativo? En función de la citada STC 97/2019, de 16 de julio, estos elementos (o juicios ponderativos) son dos: (a) en primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios (si es infra o constitucional, ya que si es infraconstitucional no se puede hablar con propiedad de la existencia de prueba ilícita); y (b) ha de determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo» (44).

3.3. Países que contemplan otros remedios procesales (como por ejemplo la nulidad) para excluir pruebas del proceso

Existe otro grupo de sistemas jurídicos que podrían expulsar la prueba de sus respectivos procedimientos judiciales cuando se viola un derecho fundamental, no basando su decisión en una ley concreta que regule una regla clara y expresa de exclusión, sino en otras reglas que prevén soluciones similares. Nos referimos a Alemania, Italia, Francia y Reino Unido:

3.3.1. El ejemplo de Italia y una posible solución: la inutilizzabilità

En Italia, el artículo 191 de su Ley de Procedimiento Penal establece una especie de norma de exclusión y, en el caso de que la prueba haya sido aceptada por un juez, la prohibición de valorar las pruebas obtenidas mediante violación de ley (*inutilizzabilità* de la prueba) (45). La solución italiana para las normas de exclusión se basa fundamentalmente en casos judiciales, pero también en la posibilidad de aplicar el citado artículo 191, y la prueba podría ser expulsada del proceso, pero en el caso de que la prueba sea admitida pero declarada posteriormente bajo los efectos del art. 191, entonces el juez no podrá basar su decisión en dicha prueba (46), y la *inutilizzabilità* de la prueba implica que dicha prueba no podría ser utilizada en un procedimiento civil, penal o administrativo (47).

La citada *inutilizzabilità* también podría aplicarse cuando una prueba viola un derecho constitucional, aunque la doctrina discute si la expresión «prohibiciones establecidas por ley» del art. 191.1 se refiere solo a la Ley de Procedimiento Penal o si se podría extender a la Constitución o a otras leyes (48). La doctrina del Tribunal Constitucional italiano no es clara en este punto, y las decisiones dependen del caso concreto presentado al Tribunal (49). Como podemos ver, en Italia no existe una referencia legal concreta a una regla de exclusión, pero hay una solución de procedimiento cuando surge este problema, porque podría entenderse que una violación de un derecho fundamental podría llevar al juez a aplicar el art. 191 de la Ley Procesal Penal italiana, aparte de los casos judiciales que

respaldan la idea de aplicar una norma de exclusión, por ejemplo, en relación a escuchas telefónicas o a entradas y registros ilegales (50).

3.3.2. *El test sobre «la prueba injusta» del Reino Unido*

En el Reino Unido, la posición es diferente porque en caso de que el tribunal entienda que dicha prueba es injusta, entonces no se tomaría en consideración. En los procesos penales, la Sección 78 de la Ley de Policía y Prueba Criminal confiere expresamente dicho poder al tribunal si se entiende que la prueba es injusta (51). Con respecto a los procedimientos civiles, se podría encontrar una regla similar en la Sección 32.1 (2) CPR (52). Si atendemos a casos judiciales concretos en el Reino Unido, entonces podemos encontrar que una prueba podría considerarse «injusta» en el caso en que en su obtención se produzca una violación de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, en el Reino Unido, la regla de exclusión se somete a una prueba de «prueba injusta» antes de su posible exclusión, prevaleciendo en consecuencia el derecho a la prueba.

3.3.3. *Las «prohibiciones probatorias» (Beweisverbote) en Alemania y su test de exclusión*

En Alemania, podemos encontrar «prohibiciones probatorias» escritas y no escritas (*Beweisverbote*), que se aplican bajo ciertas circunstancias, incluida la violación de los derechos fundamentales (53). De acuerdo con dicha doctrina, podemos encontrar prohibiciones que podrían aplicarse a la obtención o la valoración de las pruebas en Alemania.

De acuerdo con las prohibiciones probatorias vinculadas a su obtención, encontramos límites con respecto a la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, y debemos diferenciar entre (i) prohibiciones probatorias vinculadas con los hechos (*Beweisthemaverbote*) como, por ejemplo, secretos oficiales, o información de una confesión mantenida frente a un clérigo (54); (ii) prohibiciones probatorias vinculadas con el método de su obtención (*Beweismethodenverbote*) como, por ejemplo, la prohibición de obtener prueba mediante el empleo de tortura (55); y (iii) prohibiciones probatorias vinculadas con el tipo concreto de prueba como, por ejemplo, la forma en que se lleva a cabo un examen físico del acusado o la obtención de su sangre para su posterior análisis (56). La utilización de una prueba estará prohibida en el caso de que exista una prohibición de la aplicación de la prueba más una ley específica o una doctrina de un caso judicial (como la «teoría de la estabilidad», que se comentará más adelante). Por lo tanto, la «ley específica» puede estar representada por una prohibición probatorias establecida en la ley (por ejemplo, §136.a.1 StPO) o por una violación de un derecho fundamental. En el caso de que exista una violación de un derecho fundamental, la exclusión de la prueba se convierte en obligatoria para el tribunal porque dicha prueba también viola el principio de un juicio justo (57).

La doctrina alemana es consciente de la tensión existente entre la búsqueda de la verdad mediante el derecho a la prueba y la violación concreta de un derecho fundamental o una ley procesal, y la teoría dominante está representada por la denominada «teoría de la estabilidad» y los intereses a sopesar se especifican teniendo en cuenta la gravedad del hecho (por ejemplo, del delito) y el peso específico de la infracción procesal. Dicha ponderación corresponde al juez de la instancia, quien debe decidir en el juicio si puede remediar la infracción procesal o si tiene que entender que existe una prohibición probatoria y expulsar la prueba del procedimiento o conservarla, pero no valorarla

posteriormente en sentencia (58) .

3.3.4. El principio de lealtad de la prueba en Francia

En Francia existe un principio de lealtad o de justicia de la prueba (*loyauté de la preuve*). Según dicho principio, no se admiten pruebas en el caso de que se obtuvieran o se proporcionaran injustamente. Aunque el estudio concreto de la prueba ha irrumpido notablemente durante estos últimos años en Francia, los tribunales siempre han tendido a rechazar la prueba fraudulenta o ilícita, pero por una razón basada en el principio de lealtad y/o en el art. 6 CEDH (que establece el derecho a un juicio justo), y se está utilizando hoy en día para respaldar la exclusión de una prueba del proceso (59) .

De acuerdo con el principio de lealtad, las partes deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe al obtener la prueba. En consecuencia, está prohibido obtener pruebas utilizando trucos o artimañas, como grabaciones telefónicas sin el permiso ni el conocimiento de los intervinientes. Cabe destacar que dicho principio no se aplica en los procesos penales porque se entiende que la búsqueda de la verdad es el objetivo primordial de dicho procedimiento. Sin embargo, el derecho a la prueba no es absoluto, ya que debe aplicarse junto a un principio de lealtad, basado en los intereses de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad (60) .

4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos podido comprobar en este breve estudio, las normas de exclusión de la prueba por vulneración de un derecho fundamental se hallan presentes, de forma más o menos explícita, en todos los ordenamientos jurídicos examinados. A medida que el tiempo avanza, por regla general el campo de aplicación de normas de exclusión por vulneración de derechos fundamentales se va progresivamente reduciendo, prevaleciendo en la actualidad el derecho a la prueba y dejando para muy pocos supuestos la aplicación de las normas de exclusión de la prueba, por lo que podemos sostener que en los ordenamientos jurídicos se suele optar por admitir la prueba en el procedimiento judicial, sin perjuicio de la valoración que pueda llevar a cabo el juzgador sobre cómo y bajo qué circunstancias la parte o las autoridades obtuvieron dicho elemento probatorio, aplicando restrictivamente las normas de exclusión aún vigentes.

(1)

Tomamos como objeto de análisis la terminología utilizada por DAMAŠKA, M.R., «EL DERECHO PROBATORIO A LA DERIVA», traducción de Joan Picó i Junoy (el título original de la obra es «Evidence Law Adrift»), ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 30-31.

Para Francia, Alemania e Italia, *vid.* PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», HASTINGS INT'L & COMP. L. REV., 1 (1985), pp. 1-57. Para España, *vid.* PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 283-367. Para Estados Unidos, *vid. infra*, notas 13-35. Por ejemplo, y para ilustrar que el estudio de las normas de exclusión es una materia sugerente para autores no estadounidenses, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE. CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA» (en adelante «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN»), ed.

Marcial Pons, Madrid, 2019.

[Ver Texto](#)

- (2) Para los EEUU, *vid.* CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW*, Vol. 58, 2000, pp. 631-658. En relación a los diferentes y posibles conflictos de leyes en EE.UU. a la hora de aplicar las normas de exclusión, *vid.* MCGLYNN, M., «Competing Exclusionary Rules in Multistate Investigations: Resolving Conflicts of State Search-and-Seizure Law», *YALE LAW JOURNAL*, Vol. 127, n. 2, November 2017, pp. 406-463.

[Ver Texto](#)

- (3) RIJAVEC, V. and KERESTEŠ, T., «Restrictions on the admissibility of evidence», en el libro editado por C.H. van Rhee y A. Uzelac, *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE*, Intersentia, Ltd., Cambridge (UK), 2015, p. 87.

[Ver Texto](#)

- (4) Para nuestro propósito acreditativo de la referida discusión doctrinal, *vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 283-367.

[Ver Texto](#)

- (5) PAKTER, W., «Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy», *op. cit.*, pp. 5-6. Dicho autor indica que «Durante el siglo XVIII, bajo la influencia de la Ilustración, la tortura administrada judicialmente fue abandonada al ser considerada "cruel e inútil". En la práctica, sin embargo, la tortura a menudo se trasladaba de la sala del tribunal a la trastienda de las comisarías de policía» (p. 6).

En relación al uso de la tortura durante la Edad Media hasta el siglo XIX, *vid.* HEVIA BOLAÑOS, «CURIA FILIPICA», Madrid, 1776, pp. 228-232, y en su 2ª edición de 1825, Madrid, pp. 237-241, donde se indicaba que toda confesión obtenida bajo tortura ilícita era considerada nula; *supra*, en 231-232 y en su 2ª edición en 240-241. En relación a la tortura empleada por parte de la Santa Inquisición, *vid.* DEL VALLE, D.G., «ANALES DE LA INQUISICIÓN», Imprenta de Gregorio Hernando, Isabel la Católica, Madrid, 1868, pp. 177-179.

[Ver Texto](#)

- (6) PAKTER, W., «Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy», *op. cit.*, p. 2; además *vid.* ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE, PRINCIPLES OF PRACTICE» (en adelante «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE»), 3ª edición, Sweet & Maxwell and Thomson Reuters, London, 2013, p. 1030; dicho autor establece que: «La posición tradicional de la ley inglesa era que el tribunal no tenía poder discrecional para excluir ninguna prueba simplemente porque desaprobaba los medios por los cuales se obtuvo la misma», citando en este sentido la opinión de Lord Goddard, C.J.:

«En opinión de sus Señorías, el examen que se aplicará al considerar si la prueba resulta admisible consiste en determinar si es relevante para los asuntos enjuiciados. Si es así, es admisible, y al tribunal no le preocupa cómo se obtuvieron las pruebas».

Vid. *Kuruma v. R* [1955] AC 197, 1 All ER 236 en 203, 239 respectivamente; *vid.* ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», *op. cit.*, nota 81 y en p. 1030.

Ver Texto

(7) PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 311-315.

Ver Texto

(8) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, nota 10, p. 4.

Ver Texto

(9) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, p. 8.

Ver Texto

(10) Dichas razones son tratadas y desarrolladas en PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 8-15, con el concreto tratamiento respect a detenciones prolongadas en Francia (*garde à vue*), que podían implicar una detención prolongada del sospechoso más allá de cuatro días.

Ver Texto

(11) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 16 -17. *Vid.* además art. 1.a de la Constitución Alemana, que establece que «La dignidad humana será inviolable. Respetarla y protegerla será el deber de toda autoridad estatal».

Ver Texto

(12) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, pp. 20-22.

Ver Texto

(13) La Cuarta Enmienda establece,

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

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

La Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece,

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness

against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without *due process* of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otro castigo por crimen infame si un Gran Jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de Guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Finalmente, la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece,

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado para su defensa.

Las normas de exclusión en Estados Unidos se aplican únicamente cuando la policía obtiene pruebas vulnerando una Enmienda Constitucional y, en consecuencia, las normas de exclusión no pueden aplicarse cuando son los particulares los que obtienen dicha prueba vulnerando dichas Enmiendas; *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 19-20.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁴⁾ *Mapp v. Ohio*. 367 U.S. 643 (1961).

Massiah v. United States. 377 U.S. 201 (1964).

Miranda v. Arizona. 384 U.S. 436 (1966), que estableció las conocidas reglas Miranda, en el momento del arresto y antes de cualquier interrogatorio la policía debe informar inmediatamente al detenido sobre los siguientes derechos: 1. que tiene derecho a permanecer en silencio; 2. que cualquier cosa que él diga puede ser usada en su contra ante un tribunal de justicia; 3. que tiene derecho a la asistencia de un abogado; y 4. si no puede pagar un abogado, se le nombrará uno de oficio antes de proceder con cualquier interrogatorio, si así lo desea (*Miranda*, 384 U.S. 479).

Vid. CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *op. cit.*, p. 631.

Hemos destacado los casos judiciales que implementaron y consolidaron la regla de exclusión en los EE. UU. Sin embargo, dichos casos judiciales tenían antecedentes de otros anteriores que los llevaron a ellos. Debemos que tener en cuenta a *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886), considerado el

antecedente de las reglas de exclusión (relacionó la regla de exclusión con las Cuarta y Quinta Enmiendas). Tendremos que esperar hasta 1914 para ver un caso judicial que aplique una regla de exclusión vinculada solo a la Cuarta Enmienda: *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914) (en el que la máxima de que «la casa de cada hombre es su castillo» era mencionada por primera vez por el Tribunal, *vid. Weeks*, 232 US 398). No obstante, podemos encontrar el origen de dicha máxima en Inglaterra, *Semayne's Case*, 77 Eng. Rep 124 (KB 1603), citado por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, nota 7, p. 156). *Weeks* declaró la exclusión de la prueba obtenida violando la Cuarta Enmienda por la policía en un proceso federal, lo que condujo luego a la doctrina de la «bandeja de plata»: *Weeks* se aplicará cuando la policía federal violó la Cuarta Enmienda en un procedimiento federal; por lo tanto, fue fácil de evitar en caso de que dicha violación fuera producida por la Policía del Estado (no por la Policía Federal), o por la Policía Federal, pero en un Procedimiento Judicial del Estado, que no Federal (para dicha doctrina, *vid. Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949); *Irvine v. California*, 347 US 128 (1954)); *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 20-30.

Como dato curioso, la sentencia *Weeks v. United States* fue fuertemente criticada por WIGMORE, quien dijo que las reglas de exclusión «colocan a los Tribunales Supremos en la posición de ayudar a socavar los cimientos de las mismas instituciones que están allí para proteger. Considera que el excesivo celo oficial de la ley es un peligro mayor para la comunidad que el del asesino impune, el malversador o el maltratador». *vid. WIGMORE, J.H.*, «*Using Evidence Obtained by Illegal Search and Seizure*», THE AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL, vol. 8, 1922, p. 482, también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN, *op. cit.*, p. 25. Y también criticada por el Juez BENJAMIN CARDOZO en *People v. Defore*, 150 N.E. 585, 587 (N.Y. App. 1926), quien dijo que «el criminal debe ser liberado porque el agente ha cometido un mero error», también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN, *op. cit.*, nota 189, p. 51.

[Ver Texto](#)

(15) *United States v. Katz*. 398 U.S. 347 (1967). Para mejor comprensión de la doctrina judicial contenida en *Katz*, *vid. SKLANSKY, D.A.*, «*Katz v. United States: the Limits of Aphorism*», en CRIMINAL PROCEDURE STORIES, Carol S. Steiker ed., New York: Foundation Press, 2006; también *vid.*, del mismo autor, «*"One Train May Hide Another": Katz, Stonewall, and the Secret Subtext of Criminal Procedure*», 41 U.C. DAVIS L. REV. 875 (2007), at 875-934.

[Ver Texto](#)

(16) CAMMACK, M.E., «The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States», *op. cit.*, p. 635.

[Ver Texto](#)

(17) SKLANSKY, D.A., «Is the Exclusionary Rule Obsolete?», OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, Vol. 5:567 2008, p. 579.

[Ver Texto](#)

(18) SKLANSKY, D.A., «Is the Exclusionary Rule Obsolete?», *op. cit.*, p. 568.

[Ver Texto](#)

(19) KAMISAR, Y., «*Is the Exclusionary Rule an "Illogical" or "Unnatural" Interpretation of the Fourth Amendment?*», *JUDICATURE* 62 (1978): pp. 72-73; también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 36.

Las reglas de exclusión solo se aplicaron en los procesos penales. En cuanto a los procedimientos civiles, *vid.* la mención contenida en *United States v. Janis*, 428 US 433, 447-48, 456-60 (1976): «La norma de exclusión creada judicialmente no debe extenderse para prohibir el uso de la prueba en el proceso civil de un soberano (refiriéndose al Gobierno Federal) de prueba incautada ilegalmente por un agente bajo cumplimiento de la ley penal de otro soberano (aquí el Gobierno del Estado), ya que la probabilidad de disuadir la conducta de cumplimiento de la ley a través de dicha norma no es suficiente para superar los costos sociales impuestos por la exclusión».

Sobre los diferentes tipos de procedimientos en los que no se aplican las normas de exclusión en los Estados Unidos, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 54-56.

[Ver Texto](#)

(20) *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974) y *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

[Ver Texto](#)

(21) *Vid. Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 492 (1976).

[Ver Texto](#)

(22) CAMMACK, M.E., «*The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States*», *op. cit.*, p. 633, también citada por MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 45.

[Ver Texto](#)

(23) MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 70-83.

[Ver Texto](#)

(24) *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004). Los oficiales de policía estaban a punto de llevar a cabo una lectura de sus derechos al detenido, cuando éste exclamó «Conozco mis derechos» y el oficial se detuvo sin leer dichos derechos. La Corte entendió que la acción del oficial fue la correcta, a pesar de la doctrina *Miranda*.

[Ver Texto](#)

(25) *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

[Ver Texto](#)

(26) *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

[Ver Texto](#)

(27) *Harris v. New York*, 401 U.S. 222, 224 (1971).

Ver Texto

(28) Por ejemplo, *vid. Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967); y *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

Ver Texto

(29) Dicha excepción se aplicó por primera vez en *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

Ver Texto

(30) *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). Un análisis sobre dicha sentencia se puede encontrar en SKLANSKY, D.A., «*Is the Exclusionary Rule Obsolete?*», *op. cit.*; del mismo autor, y sobre el concepto de privacidad bajo la Cuarta Enmienda, *vid. «Too Much Information: How Not to Think About Privacy and the Fourth Amendment»*, CALIFORNIA LAW REVIEW, vol. 102 (October 2014), pp. 1069-1121, cuyo texto se puede encontrar en <https://ssrn.com/abstract=2433178> (visitada el 5 de abril de 2020). Finalmente, *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, pp. 155-180.

Ver Texto

(31) *Hudson v. Michigan*, *op. cit.*, 599.

Ver Texto

(32) Como se indica en MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 173, incluso con un análisis conservador se muestra que casi un tercio de las acciones policiales de entrada y registro violan la Cuarta Enmienda, citando para sustentar dicha opinión a HARRIS, D.A., «*How-Accountability-Based Policing Can Reinforce —Or Replace— The Fourth Amendment Exclusionary Rule*» (May 29, 2009). OHIO STATE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, Vol. 7, 2009; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2009-17. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1411650> (visitada el 5 de abril de 2020), p. 154; quien asimismo cita a GOULD, J. B., y MASTROFSKI, S.D., «*Suspect Searches: Assessing Police Behavior Under the U.S. Constitution*», 3 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 315 (2004), pp. 316-317.

Ver Texto

(33) MIRANDA ESTRAMPES, M., «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, en 49-50. RYCHLAK, R.J., «*Replacing the Exclusionary Rule: Fourth Amendment Violations as Direct Criminal Contempt*», 85 CHI.-KENT L. REV. 241 (2010), p. 244; MILHIZER, E., «*The Exclusionary Rule Lottery Revisited*», 59 CATH. U. L. REV. 747 (2010), p. 766;

Ver Texto

(34) RYCHLAK, R.J., «*Replacing the Exclusionary Rule: Fourth Amendment Violations as Direct Criminal Contempt*», *op. cit.*, p. 245; también *vid. MIRANDA ESTRAMPES, M.*, «PRUEBA ILÍCITA Y REGLA DE EXCLUSIÓN», *op. cit.*, p. 50.

Ver Texto

(35) SKLANSKY, D.A., «*Is the Exclusionary Rule Obsolete?*», *op. cit.*, p. 581 y 583.

[Ver Texto](#)

(36) *Vid.* PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 283-367. Del mismo autor, *vid.* Comentario al art. 287 LEC, en BROCA-MAJADA-CORBAL, Vol. V, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, pp. 3733-3748.

[Ver Texto](#)

(37) *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

[Ver Texto](#)

(38) Sin embargo, dicha doctrina no fue seguida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, como resalta MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*» (en adelante «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*»), JUECES PARA LA DEMOCRACIA, n. 47, julio 2003, pp. 57-58.

[Ver Texto](#)

(39) MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*», *op. cit.*, pp. 58-59.

[Ver Texto](#)

(40) PLANCHADELL GARGALLO, A., «LA PRUEBA PROHIBIDA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (COMENTARIO A LAS SENTENCIAS QUE MARCAN EN CAMINO)», ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 108.

[Ver Texto](#)

(41) SSTC 142/2012, de 2 de junio; 66/2009, de 9 de marzo; 8/2000, de 17 de enero; y 86/1995, de 6 de junio.

[Ver Texto](#)

(42) SSTC 81/1998, de 2 de abril; 238/1999, de 20 de diciembre; y 171/1999, de 27 de diciembre. *Vid.* GÁLVEZ MUÑOZ, L., «LA INEFICACIA DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES», ed. Aranzadi (Cizur Menor, Navarra), 2003, p. 186 -193.

[Ver Texto](#)

(43) MIRANDA ESTRAMPES, M., «*La regla de exclusión de la prueba ilícita*», *op. cit.*, p. 65.

[Ver Texto](#)

(44) *Vid.* PICÓ I JUNOY, J., «*La prueba ilícita: un concepto todavía por definir*», publicado en los presentes Cuadernos, así como «*El derecho constitucional a la prueba*», en «*La prueba a examen*», editorial J.M.^a Bosch, editor, Barcelona, 2020 (en prensa). Agradezco expresamente al Prof. Picó que me haya cedido los manuscritos para su cita en el presente estudio. La cursiva añadida se corresponde con el contenido de la nota 48 del artículo «*El derecho constitucional a la prueba*», cedido por el autor.

[Ver Texto](#)

(45) Artículo 191. Pruebas obtenidas ilegalmente.

1. No se utilizarán pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley.
2. La exclusión de pruebas puede declararse también de oficio en cualquier etapa e instancia del procedimiento.

Se debe hacer una diferencia entre una *inutilizzabilità* general, que se refiere a la prueba obtenida con violación del artículo 191, lo que significa que dicha prueba tiene que ser expulsada del procedimiento judicial, y una *inutilizzabilità* concreta, que se refiere a la prueba obtenida con un incumplimiento de prohibiciones de pruebas concretas (como pruebas de referencia que violen el contenido concreto del artículo 195 de la Ley de Procedimiento Penal italiano), lo que significa que dichas pruebas serán aceptadas, pero el juez no podrá valorarlas en el momento de dictar sentencia. ARMENTA, T., «LA PRUEBA ILÍCITA (UN STUDIO COMPARADO)», 2nd ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 44.

Vid. además, ILLUMINATI, G., «Italy: Statutory Nullities and Non-usability», at EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, p. 434.

[Ver Texto](#)

(46) *Vid. also* el artículo 526 de la Ley Procesal Penal italiana (pruebas a efectos de deliberación), que establece:

«1. A los fines de la deliberación sobre la prueba, el tribunal no utilizará pruebas distintas de las legalmente reunidas durante el juicio.

1-bis. La culpabilidad de la persona acusada no se probará con base a declaraciones hechas por la persona que eligió deliberadamente no ser interrogada por el acusado o por su abogado».

[Ver Texto](#)

(47) CONTI, C., «ACCERTAMENTO DEL FATTO E INUTILIZZABILITÀ NEL PROCESSO PENALE », CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova (Italy), 2007, p. 112.

[Ver Texto](#)

(48) A favor de dicha interpretación, *vid.* CONTI, C., *op. cit.*, p. 150; sin embargo, dicho autor asimismo señala que la posición de la doctrina consiste en entender que el art. 191 debería limitar su aplicación al proceso penal italiano.

[Ver Texto](#)

(49) Citas de diferentes sentencias del Tribunal Constitucional italiano pueden encontrarse en ARMENTA, T., *op. cit.*, nota 84, p. 44. Como ejemplo de una interpretación extensiva, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de enero de 1998, n. 229, en *Cass. Pen.* 1998, 2847; como ejemplo de una petición para la regulación concreta de este tema *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 2002, n. 135, en *Giur. Cost.* 2002, 2176. *Vi. además*, TONINI, P., «MANUALE DI PROCEDURA PENALE», 7^a ed., Giuffrè, 2006, p. 193; *pero además* CONTI, C., *op. cit.*, nota 35, pp. 8-10.

[Ver Texto](#)

(50) PAKTER, W., «*Exclusionary Rules in France, Germany, and Italy*», *op. cit.*, p. 48- 52.

[Ver Texto](#)

(51) Sección 78 de la Ley sobre prueba policial y penal (*Police and Criminal Evidence Act*) de 1984, que establece lo siguiente:

78. Exclusión de prueba injusta.

(1) En cualquier procedimiento, el tribunal puede negarse a permitir que se presenten pruebas en las que el fiscal propone basarse si considera que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las circunstancias en que se obtuvieron las pruebas, la admisión de la prueba tendría un efecto tan adverso sobre la equidad del proceso que el tribunal no debería admitirlo.

(2) Nada en esta sección perjudicará ninguna norma legal que requiera que un tribunal excluya pruebas.

Vid. ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», op. cit., p. 1030. Vid. además, CHOO, A.L., «England and Wales: Fair Trial Analysis and the Presumed Admissibility of Physical Evidence», en EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 331-354.

[Ver Texto](#)

(52) Dicha Sección establece lo siguiente:

32.1 Facultad del tribunal para controlar prueba. (...) (2) El tribunal se halla facultado por esta norma para excluir prueba que de otra manera sería admisible.

Vid. ZUCKERMAN, «ZUCKERMAN ON CIVIL PROCEDURE», op. cit., p. 1031.

[Ver Texto](#)

(53) HESS, B., y OTHMAR, J., «MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL », ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 316-317; PICÓ I JUNOY, J., «EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL», *op. cit.*, pp. 289-290. AMBOS, K., «Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización», *POLÍTICA CRIMINAL*, Vol. 4, n. 7, julio 2009, pp. 1-56. ARMENTA, T., *op. cit.*, pp. 53-56.

[Ver Texto](#)

(54) *Vid. §383 I n. 4 III ZPO: «Las siguientes personas tienen derecho a negarse a declarar: (...) Clérigos, en relación a lo que se les ha confiado en el ejercicio de su cuidado y de su orientación pastoral.»*

[Ver Texto](#)

(55) *Vi. §136.a.1 StPO: «La libertad del acusado para decidir y manifestar su voluntad no se verá afectada por malos tratos, fatiga inducida, interferencia física, administración de drogas, tormento, engaño o hipnosis. La coerción solo se puede utilizar en la medida en que lo permita la ley de procedimiento penal. Se prohíbe amenazar al acusado con medidas no permitidas en virtud de sus disposiciones o mantener la perspectiva de una ventaja no prevista por la ley.»*

Ver Texto

(56) *Vid.* §81.1 StPO: «Se puede ordenar un examen físico del acusado con el fin de establecer hechos que son importantes para el proceso. Para este propósito, la toma de muestras de sangre y otras intrusiones corporales efectuadas por un médico de acuerdo con las reglas de la ciencia médica para el propósito del examen serán admisibles sin el consentimiento del acusado, siempre que no se prevea ningún perjuicio para su salud».

Ver Texto

(57) AMBOS, K., *op. cit.*, p. 15.

Ver Texto

(58) RIJAVEC, V., and KERESTEŠ, T., «*Restrictions on the admissibility of evidence*», en *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE (FUNDAMENTAL ISSUES IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE)*, C.H. van Rhee y A. Uzelac, editors, Cambridge (UK), 2015, p. 92. Además *vid.* ARMENTA, T., *op. cit.*, p. 56; y *vid.*, GLESS, S., «*Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*», en *EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW*, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 113-143.

Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional alemán BVerfG JA 2003, 274; BGH JA 2003, 625; BVerfG NJW 2002, 3619, 3623; y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo alemán de 23 de abril de 2008 Ref. 6 AZR 189/08, resoluciones citadas por LÖSING, N., «*Current Situations and Problems regarding New Types of Evidence*», Ponencia Nacional por Alemania en el *General Report* del mismo nombre presentado por Joan Picó i Junoy en el «XVI World Congress of the International Association of Procedural Law», celebrado en Kobe (Japón), del 2 al 5 de noviembre de 2019.

Ver Texto

(59) RIJAVEC, V., and KERESTEŠ, T., «*Restrictions on the admissibility of evidence*», *op. cit.*, p. 98, además *vid.* nota 30 en la que dichos autores se refieren a Cass. Soc., May 22, 1995: Bull. civ. 1995, V, n. 164: exclusión de la prueba de seguimiento de un empleado por parte de un investigador privado contratado por el empleador. Además *vid.* PRADEL, J., «*France: Procedural Nullities and Exclusion*», at *EXCLUSIONARY RULES IN COMPARATIVE LAW*, Stephen C. Thaman, editor, Springer, New York, 2013, pp. 145-160.

Además *vid.* VERGÈS, É., VIAL, G., and LECLERC, O., «*DROIT DE LA PREUVE*», 2ª edición, Thémis Droit, Paris, 2017, pp. 350-362.

Ver Texto

(60) *Vid.* JEULAND, E., «*The "right to proof" and the "loyalty principle": a French perspective*», en la obra colectiva editada por C.H. van Rhee y A. Uzelac, *EVIDENCE IN CONTEMPORARY CIVIL PROCEDURE*, Intersentia, Ltd., Cambridge (UK), 2015, pp. 83-85.

No obstante, y de acuerdo con dicho autor, el principio de lealtad cede ante el derecho a la prueba, y se refiere a Cass 1 civ., 5 abril 2012, n. 11-14177: D. 2012, 1596, en la que la *Court du Cassation* aceptó (casando la sentencia de apelación) la prueba consistente en aportar una carta privada obtenida con

vulneración del derecho a la intimidad «porque el Tribunal de Apelación debería haber verificado si esta prueba era necesaria para que el demandante ejerciera su derecho a la prueba y fuera proporcional a los derechos de las diferentes partes» (JEULAND, E., at 84).

[Ver Texto](#)