

PREGUNTAS-RESPUESTAS INTRODUCTORIAS PARA EL ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA

María Francisca Zapata García¹

SUMARIO: I.- 1. ¿Qué se entiende por Prueba Ilícita. 2. ¿En qué consiste básicamente la regla de exclusión por ilicitud de la prueba? 3. ¿Cómo opera la regla de exclusión? 4. ¿Por qué debemos excluir de ser rendida en el juicio oral la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales? II.- 1. "Fiorentino, Diego Enrique S/ Tenencia Ilegítima De Estupefacientes", 1984. 2. Sentencia TC 81/ 1998.

I.-

1.- ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRUEBA ILÍCITA?

Con una frase de dos líneas el Código Procesal Penal nos puso sobre la mesa un tema de magnitudes extraordinarias: la exclusión de la prueba por ilicitud. Es tarea de todos perfilar esta institución, hacerla parte de nuestro universo jurídico y llenarla de contenido, pero trataremos de plantear su esbozo con el único fin de proporcionar algunas herramientas introductorias a su estudio.

Desde las primeras formulaciones de la teoría de la prueba ilícita se advierte una diversidad de conceptos doctrinales que apuntan a la misma idea. Se conoce en el Derecho continental europeo como *prohibiciones de prueba* y en el derecho anglosajón como *exclusionary rule* o regla de exclusión.

Para nuestro estudio nos quedaremos con la siguiente definición de prueba ilícita: "el medio de prueba obtenido extra-procesalmente mediante violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención"^{2 3}.

En el sustrato básico de esta institución está la idea de renuncia a la verdad material en el proceso, que, en general, los autores coinciden en sostener "es el precio

¹ Profesora de Derecho Procesal, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Juez de Garantía de Coquimbo.

² MINVIELLE, Bernardette citando a Vigoriti en *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología. La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*, Editora Marcos Lerner, p. 18.

³ PELLEGRINI, Ada: "Pruebas Ilícitas", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, septiembre de 1995, año 7, N° 10. En similares términos: "aquella recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad".

que las sociedades democráticas y el estado de derecho paga por la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana”⁴.

Esta idea de verdad limitada, cuyo principal impacto lo apreciamos en las normas que regulan la actividad probatoria⁵, se explica como consecuencia del sistema de enjuiciamiento penal proveniente de la reforma procesal penal del siglo XIX en Europa continental, que mantuvo las bases de la inquisición consistentes en la persecución penal estatal y averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento, pero modificadas por una serie de limitaciones que se explican en atención a la dignidad del ser humano.

Cuando pensamos en las consecuencias negativas que se adjudican a un comportamiento irrespetuoso de los límites aludidos, es que nos ubicamos en el marco de la discusión de la Teoría de la Prueba Ilícita y su consecuente *regla de exclusión*, pues ésta proclama la inadmisibilidad de la prueba obtenida en virtud del acto transgresor.

Esta sanción consistente en la exclusión del medio probatorio, significa de fondo una privación de los efectos del acto vulnerador, ya que lo obtenido a sus resultados, no podrá ser considerado por los jueces en el proceso de razonamiento que los conduce a la decisión definitiva, sencillamente porque no será sometido a su conocimiento, no se alzarán materialmente frente a sus ojos, ni nadie hará mención de su existencia, pues la exclusión material es previa al desarrollo del juicio oral.

Esta regla de exclusión se extiende naturalmente a aquellos casos en que a consecuencias de una violación de derechos constitucionales se obtiene prueba a partir de la cual surge otra nueva como su consecuencia necesaria, es decir, se extiende a la prueba derivada de una ilícita, con tal que tal derivación sea directa y necesaria de la original.

Debemos mencionar -aún muy de paso, pero con el fin de tenerlo presente para una profundización futura de este estudio- que la doctrina de la prueba ilícita y su consecuente regla de exclusión se ha visto limitada en el tiempo, en su desarrollo jurisprudencial, llegando a plantearse verdaderas teorías de atenuación a su respecto. Los principales límites consisten en exigir una “relación de causalidad directa entre la prueba ilícita y el resultado probatorio”, los criterios de la “buena fe del agente” (*good faith*), y del “descubrimiento inevitable” (*inevitable discovery*). Se agregan, asimismo, la “teoría del cauce independiente” y el “criterio de proporcionalidad”.

⁴ Ver sobre esta idea a MUÑOZ CONDE, Francisco: *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Hammurabi, p. 107; HASSEMER, Winfried: *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Editorial Ad Hoc, p. 87; BINDER, Alberto: *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Editorial Ad Hoc, p. 25; JAEN VALLEJO, Manuel, *La Prueba en el Proceso Penal*, Editorial Ad Hoc, p. 59; CAPELETTI, citado por MINVIELLE, Bernardette en *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología. La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*, Editora Marcos Lerner, p. 38.

⁵ “Las reglas de prueba son límites a la búsqueda de la verdad y como tal cumplen exclusivamente una función de garantía, es decir protegen al ciudadano del eventual abuso de poder en la recolección de información. BINDER, Alberto: *El Incumplimiento de las Formas Procesales*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, p. 77.

2.- ¿EN QUÉ CONSISTE BÁSICAMENTE LA REGLA DE EXCLUSIÓN POR ILICITUD DE LA PRUEBA?

El artículo 276 del Código Procesal Penal establece explícitamente la regla de exclusión de la que hemos venido hablando. Esta norma contiene un mandato dirigido al juez de garantía de excluir la prueba que ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Lo hará a través de resolución fundada en la audiencia de preparación del juicio oral, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido.

A fin de familiarizarnos con el contenido, extensión y límites de esta regla de exclusión, analizaremos exegéticamente el artículo 276 del Código Procesal Penal.

a) “El juez excluirá”.

El cumplimiento de este mandato absolutamente imperativo se traduce en descartar la prueba ofrecida y, en lo inmediato, dejarla fuera del auto de apertura del juicio oral. La exclusión dice relación materialmente y en un primer momento con el auto de apertura, lo que conlleva, a la postre, a la imposibilidad de que la prueba cuestionada sea rendida en el juicio oral.

b) “Las pruebas obtenidas”

Lo excluido, aquello que no ha de ser introducido en el juicio oral es, materialmente, el medio apto para producir fe que está en poder de la parte que lo ha ofrecido y que ha sido declarado ilícito por resolución del juez de garantía por haber sido obtenido en un procedimiento, diligencia o actuación con inobservancia de garantías constitucionales. Cabe acá todo tipo de prueba, tanto los objetos materiales como las declaraciones de testigos, peritos y documentos.

c) “Con inobservancia”

El núcleo central y presupuesto fáctico que da pie a la sanción procesal consistente en la exclusión de la prueba, está constituido por la “inobservancia” de las garantías fundamentales que rodearon el proceso de su obtención.

“Observancia” es “cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar”⁶, por lo que hay “inobservancia” cuando falta un cumplimiento exacto y puntual de las garantías fundamentales.

d) “De garantías fundamentales”

Decíamos que la falta de cumplimiento exacto y puntual debe decir relación con las garantías fundamentales de una persona.

En este punto es importante hacer un breve análisis de los conceptos involucrados, esto es *derechos fundamentales* y *garantías* de los mismos.

Se sostiene por parte importante de la doctrina que ambos conceptos difieren sustancialmente, en términos que el *derecho* está *tutelado* por la *garantía*.

Para Ferrajoli los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar;

⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española; Vigésima Primera Edición.

entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁷

El mismo autor sostiene, distinguiendo conceptualmente entre derechos subjetivos y garantías, que los primeros son las “expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica” y las garantías son “los deberes correspondientes, dictadas por normas jurídicas”. Las garantías, a su vez, pueden ser las que denomina “*garantías primarias*”: obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos; o “*garantías secundarias*”: obligaciones de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones.

Así las cosas, queda meridianamente claro que aun cuando derechos fundamentales y garantías son conceptos distintos, tienen una relación intrínseca: de tutela, por parte de estas últimas del derecho.

Son conceptos distintos y se satisfacen a sí mismos, porque los derechos fundamentales consisten en la *expectativa misma*, negativa o positiva, a la que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) adscritas a un sujeto por una norma jurídica. La garantía, por su parte, está constituida por los *deberes correspondientes* a esas expectativas, dictadas por normas jurídicas.

Teniendo clara esta distinción, volvamos al artículo 276 del Código Procesal Penal que señala que el juez excluirá la prueba obtenida con inobservancia de *garantías fundamentales*.

Analizada esta norma a la luz de la distinción propuesta por Ferrajoli podemos concluir que la regla de exclusión contenida en la norma en análisis constituye una *garantía secundaria*, en tanto establece una sanción a la violación de las obligaciones o prohibiciones correlativas de los derechos subjetivos, atribuida a un sujeto por la norma jurídica.

Así las cosas, podemos sostener que el artículo 276 del Código Procesal Penal al referirse a *garantías fundamentales* nos está hablando de aquellos *derechos fundamentales* asegurados -o garantizados- por la Constitución.

Sin embargo, debemos precisar que no sólo la Constitución asegura derechos fundamentales, pues también lo hacen ciertos tratados internacionales y, el artículo 5 de la Constitución señala que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

De este modo podemos concluir que el artículo 276 del Código Procesal Penal contiene una regla de exclusión respecto de la prueba obtenida con inobservancia de derechos fundamentales (*garantías fundamentales*) asegurados por la Constitución y los tratados internacionales.

⁷

FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, 2001, p. 19.

3.- ¿CÓMO OPERA LA REGLA DE EXCLUSIÓN?

Para referirnos a la forma de operar de la regla de exclusión insistimos en que existe una relación intrínseca entre un derecho subjetivo y su garantía: esta última establece normativamente los deberes correspondientes a las expectativas de prestación o de no lesión, en que consiste el primero.

Las normas de garantía de alguna manera llenan de contenido el derecho, lo hacen operativo, establecen la forma concreta de su ejercicio y por tanto, fijan sus límites. Ordinariamente se pueden distinguir porque establecen requisitos o secuencias previas o coetáneas a la realización del acto afectador del derecho fundamental que resguardan.

Hechas estas precisiones, podemos advertir con claridad que para estar en presencia de una inobservancia de las que la ley sanciona con la exclusión de la prueba obtenida, debe tratarse del incumplimiento de una norma legal que contiene un mandato que en sí mismo constituye una garantía de un derecho fundamental y cuya transgresión implica o traduce la vulneración de este derecho.

El ejercicio entonces consiste en determinar si la norma legal que señala un requisito u ordena una secuencia previa o coetánea al desarrollo de una diligencia se ubica en el sistema de garantías que rodea un derecho fundamental. Si la respuesta es afirmativa, podremos concluir que al no cumplir exacta y puntualmente su mandato se ha inobservado dicho derecho.

Como vemos, la magnitud de la “inobservancia” no es de cualquier dimensión, sino que debe ser una infracción tal que implique vulneración de un derecho fundamental. No se trata aquí de la mera omisión de alguna formalidad, v.g., la firma del acta de entrada y registro de un lugar cerrado, sino que de una transgresión atentatoria de un derecho fundamental, apareciendo como los más expuestos el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, y el derecho a no declarar en contra de uno mismo.

4. ¿POR QUÉ DEBEMOS EXCLUIR DE SER RENDIDA EN EL JUICIO ORAL LA PRUEBA OBTENIDA CON INOBSERVANCIA DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES?

Una respuesta muy sencilla sería: “porque la ley lo dice”. Sin embargo, una institución de tal envergadura no existe, naturalmente sólo porque a alguien se le ocurrió introducirla en nuestro dibujo procesal penal.

Nos atrevemos a hacer la siguiente propuesta de fundamentación de la regla de exclusión, explicándonosla desde una lectura constitucional, lectura que, nos parece, es la única posible para esta novedosa institución y muchas otras del nuevo proceso penal.

Para nuestra línea de análisis debemos partir recordando que el ejercicio de la soberanía se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece. Dentro de estas autoridades se encuentran los Tribunales de Justicia, que ejercerán la jurisdicción, y el Ministerio Público, que ejercerá la acción penal

pública y dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determinaren la participación punible.

Estos órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

El ejercicio de la soberanía realizada por estas autoridades: jurisdicción y persecución penal, respectivamente, reconocen como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y es su deber respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile.

Dentro de los derechos garantizados por la Constitución se encuentra en el artículo 19 N° 3 el debido proceso, conforme al cual toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

El concepto de “debido proceso” proviene del derecho anglosajón (*due process of law*) y tiene una larga tradición jurídica desde los tiempos de la Carta Magna, figurando en todas las declaraciones internacionales formuladas en materia de derechos fundamentales.⁸ En nuestro país se establece por vez primera en el artículo 18 del Reglamento Provisorio de 1812 y, según Donoso “tiene su último origen en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos”.⁹

Esta garantía destaca los mínimos requisitos de validez de una decisión jurisdiccional. Precisemos que esta garantía está establecida en miras de “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción”, entendiendo que el concepto *sentencia* apunta a un doble aspecto: el que es “sinónimo de parecer, opinión, decisión y el de ejercer jurisdicción”.¹⁰ Este vocablo “no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, en el sentido técnico-procesal, sino a cualquier “resolución”, de cualquier autoridad que le corresponda conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado con relación a un asunto civil o criminal, es decir, que ejerza jurisdicción”¹¹

Para que esta decisión jurisdiccional sea válida, deberá reunir los siguientes requisitos: 1) que exista un proceso previo, legalmente tramitado; y 2) que se llegue a la decisión a través de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Esta última expresión se utilizó en vez de usar derechamente la de “debido proceso”, para evitar restringir el concepto, pues “si se pone sólo la expresión “debido proceso”, podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley,

⁸ VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto: *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 222.

⁹ DONOSO RODRÍGUEZ, Sebastián: *Los Derechos y Garantías Individuales en la Evolución Constitucional Chilena*, Editorial Conosur Ltda., Santiago, p. 56.

¹⁰ CERDA FERNÁNDEZ, Carlos; *Iuris Dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 228.

¹¹ VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA: (n. 8), p. 222

y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Por eso, se considera adecuado agregar las expresiones “racionalidad” y “justicia”¹²

En general, se considera por los autores que la expresión “debido proceso”, al no contar con una definición precisa, ha favorecido la fijación de ciertos estándares por la jurisprudencia cuya ausencia se analiza en los fallos para concluir, desde una definición negativa, qué *no es* debido proceso.¹³ Pero por sobre esta crítica se reconoce que este tipo de fórmulas *vagas* fueron elegidas por los redactores porque permiten su evolución, de modo que aspectos no comprendidos originalmente y que posteriormente son reconocidos como imprescindibles para la vigencia de la garantía de que se trate, puedan ser incorporados a su contenido.¹⁴

El contenido de lo que la Constitución asegura a todas las personas en este numeral es un procedimiento y una investigación racionales y justos como único fundamento de toda sentencia y, para ello, ordena al legislador establecer las garantías que tutelen y hagan efectivo este derecho. Menciona Cea Egaña, entre otras, la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el emplazamiento, la defensa letrada, la libre producción de pruebas conforme a la ley, su examen y posibilidad de objeción y la posibilidad de interponer recursos.¹⁵

Concretamente y de acuerdo al objeto de nuestro estudio, el legislador cumple el mandato impuesto por la Constitución al dictar el Código Procesal Penal e imponer al procedimiento y a la investigación una serie de normas que, en el lenguaje de Ferrajoli, aparecen como garantías primarias y garantías secundarias.

Así, respecto del procedimiento, cuyo actor principal para estos efectos es el juez, ha señalado una serie de reglas contenedoras de garantías de ciertos derechos fundamentales de la más trascendental importancia, como el de defensa y, reforzando este derecho, ha previsto que su inobservancia en la actuación judicial conlleva específicamente una sanción que implica privar de efectos el acto transgresor a través de la declaración de nulidad del acto.

Y respecto de la investigación, asimismo, ha señalado pormenorizadamente las garantías que son presupuestos de la realización de diligencias de investigación que afectan derechos fundamentales o rodean el acto mismo, como por ejemplo la autorización judicial previa para la entrada y registro de un lugar cerrado, en protección de la inviolabilidad del hogar. Su inobservancia por el Fiscal o el agente policial dirigido por éste, conlleva específicamente una sanción que igualmente implica privar de efectos el acto trasgresor: la exclusión de la prueba obtenida en dicha diligencia.

Ambas sanciones impuestas para el caso de violación de las garantías operan en el proceso, sencillamente porque es en dicho ámbito donde se pretende hacer valer el acto espurio y sus consecuencias para fundar una sentencia.

¹² EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II (2ª Edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 148.

¹³ ALVARADO, Adolfo: “El Debido Proceso”, en *Gaceta Jurídica* N° 110, agosto 1989, p. 9

¹⁴ DWORKIN, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, p. 209 y siguientes.

¹⁵ CEA EGAÑA, José Luis: *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 274.

Acerca de la vinculatoriedad para los jueces de la garantía de la racionalidad de los procedimientos Cerda señala: “si al legislador corresponde “siempre” establecer las garantías de un procedimiento racional, a contrario sensu un juez *nunca* podrá dar a una norma adjetiva o procedimental una interpretación, alcance o sentido que la haga irracional por pugnar contra los propósitos ínsitos en el proceso jurisdiccional, esto es, por conducir a una negación consciente de lo que considera verdadero y justo”.¹⁶

Al garantizar la Constitución que toda sentencia se funde en un procedimiento y una investigación racionales y justos, está obligando a los jueces a velar porque la decisión jurisdiccional se sostenga exclusivamente en actuaciones procesales y diligencias de investigación *arregladas a la razón* y, desde luego, aparece *contrario* a la razón el admitir una prueba como fundamento de una sentencia condenatoria, si ésta se ha obtenido vulnerando las garantías fundamentales de la persona sometida a juicio.

Sería contrario a la razón y, por tanto, contrario a la justicia y al derecho que *el fruto* del acto de violación de los derechos fundamentales de una persona fuera reconocido como válido en un proceso penal, por aquéllos que están llamados precisamente a garantizar estos derechos, según la norma constitucional de *límite y deber* que los obliga a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el ejercicio de la jurisdicción.

Así las cosas, concluimos que dentro de la cláusula del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado, a que toda sentencia condenatoria se funde en prueba lícita -garantía primaria- y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sea excluida de ser rendida en el juicio oral -garantía secundaria.

Para concluir este análisis, debemos señalar que esta construcción argumental se sostiene o está en sintonía con el carácter democrático de la República de Chile, consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política, ya que “la concepción democrática contemporánea de Estado se sustenta en dos principios básicos que son el autogobierno del pueblo y el respeto y garantía los derechos humanos, principios básicos que se derivan de los valores de la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad, los cuales constituyen los fundamentos básicos de nuestro ordenamiento constitucional, de acuerdo al artículo 1 de la Constitución”.¹⁷

Ferrajoli llama “democracia sustancial o social al estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos, y sostiene que “el garantismo, como técnica de limitación y disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como

¹⁶ CERDA FERNÁNDEZ, Carlos: (n. 10), p. 230.

¹⁷ VERDUGO, PFEFFER, NOGUEIRA; (n. 8), p. 117

sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de los de arriba”.¹⁸

II.-

Nos asiste el convencimiento de que la lógica, sentido y perfil de las instituciones se clarifica a la luz de los ejemplos prácticos, por lo cual estimamos de suyo relevante presentar dos sentencias extranjeras que se pronuncian sobre el tema. La primera de ellas una argentina: “Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes” de 1984, y la segunda, una española: “Sentencia TC 81/ 1998”, marcaron hitos en la discusión de esta problemática en sus respectivos países; la primera para la formulación de la regla de exclusión y la segunda para el análisis de los alcances de la prueba derivada de otra ilícita, o los que los estadounidenses llaman “fruit of the poisonous tree” (frutos del árbol envenenado).

1.- “FIORENTINO, DIEGO ENRIQUE S/ TENENCIA ILEGÍTIMA DE ESTUPEFACIENTES”, 1984.

En el año 1984 la Corte dicta fallo en el recurso deducido por el defensor en la causa “Fiorentino, Diego Enrique s/tenencia ilegítima de estupefacientes”

Los hechos de la causa son como sigue:

Diego Fiorentino fue detenido por una comisión policial cuando ingresaba con su novia en el hall del edificio de departamentos en que vivía con sus padres y al ser interrogado reconoció espontáneamente ser poseedor de marihuana que guardaba para su consumo propio en su dormitorio, cuyo registro habría autorizado. De este modo se encontraron en su dormitorio cinco cigarrillos y cinco colillas de picadura de cannabis sativa y 38 semillas de la misma especie.

Durante el juicio la defensa impugnó el procedimiento por ser contrario a la garantía de la inviolabilidad del domicilio e importar un allanamiento legítimo, toda vez que se efectuó sin autorización válida.

En primera instancia Fiorentino fue condenado como autor del delito de tenencia de estupefacientes, pues las alegaciones de la defensa fueron desechadas por presumirse la autorización de los padres del condenado para el ingreso a la vivienda.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VI confirmó la condena. Sostuvo para desear los agravios del apelante, que no se había violado la garantía constitucional, pues el procedimiento policial fue legítimo. Ello habría sido así, por haber autorizado Fiorentino la entrada al

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, p. 864.

departamento porque, *“si la autorización no hubiere existido...la lógica más elemental indica que Fiorentino alguna resistencia verbal habría opuesto a que se llevara a cabo la diligencia aunque más no fuera para que la oyeran los testigos que acompañaban a la comisión policial y así lo manifestaran en el proceso. Afirmó, asimismo que “aun cuando pudiera cuestionarse la validez de tal permiso por ser el imputado menor de edad, y admitiendo que los padres no lo acordaron expresamente, debe reconocerse empero que tampoco se opusieron, pudiendo hacerlo, ya que estaban presentes, expresando concretamente su voluntad de excluir al personal policial, consintiendo que la inspección se llevara a cabo en la habitación de su hijo Diego”.*

La Suprema Corte conociendo del recurso extraordinario señaló que *“el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que el domicilio es inviolable...; y que una ley determinará en qué casos y con qué justificación podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.* Sostiene que *“se consagra así el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante (...) en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público”.*

Agrega que en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas en la ley - *“ni ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado”.* Sostiene que aun de haber autorizado Fiorentino el ingreso como señalan los policías, el permiso carecería de efectos *“por las circunstancias en que se prestó, al haber sido Fiorentino aprehendido e interrogado sorpresivamente por una comisión de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia en el hall del edificio donde habitaba, quedando detenido”.*

Tras esta afirmación, analiza lo afirmado por el tribunal a quo en el sentido de que debió mediar al menos una resistencia verbal del procesado para que fuera oída por los testigos, señalando que *“resulta irrazonable dada la situación referida, a lo que se suma la inexperiencia del imputado en trances de este tipo, factor que puede presumirse en razón de su edad y de la falta de antecedentes judiciales”.*

Respecto del papel de los padres de Fiorentino, sostiene que la sentencia admite que no autorizaron el allanamiento y *“aparece carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro, cuando ya se había consumado el ingreso de los extraños en la vivienda. Deja sentado, muy por el contrario que “esperar una actitud de resistencia en ese caso importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas”.*

Concluye la Suprema Corte que el allanamiento es ilegítimo y sostiene que establecida la invalidez del registro domiciliario citando, en su conclusión lo sustentado en Charles Hermanos y Montenegro *“igual suerte debe correr el secuestro practicado (...) porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no sólo es contradictorio con el reproche formulado,*

sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito”.

Particularmente interesante es el voto con el que concurre al fallo el Señor Ministro Doctor don Santiago Petracchi, en el cual señala que el fundamento último de la inviolabilidad del domicilio es el de garantizar la libertad personal. *“En efecto, es precisamente en el ámbito de aquél donde se plasma una importante dimensión de ella, y, por lo mismo, la violación del aludido ámbito traería aparejado el menoscabo de esa libertad, cuya realización plena tutela la Constitución Nacional”*

Sostiene en el considerando 6° que *“la eminente jerarquía del derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser concertada con el interés social en la averiguación de los delitos y el ejercicio adecuado del poder de policía. La propia Constitución lo prevé cuando autoriza en la misma cláusula de su art. 18 referente a la inviolabilidad del domicilio la reglamentación de tal derecho mediante ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento u ocupación”* Y más adelante agrega: *“La íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías, pues al hallarse aquéllas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquella no sea reductible a éste.*

Tras estas consideraciones, centra en su considerando 8° el punto constitucional a resolver, señalando que éste se refiere a la determinación de las condiciones mínimas que debe reunir el consentimiento del interesado para que quepa admitirlo como justificante válido del ingreso de agentes de policía en la morada sin orden escrita de autoridad competente y sin que se den las situaciones de emergencia contempladas por las leyes procesales.

Pone de relieve que el tribunal a quo deduce la existencia del consentimiento de la falta de resistencia verbal del imputado, cuando ya se hallaba detenido, a la entrada de los agentes policiales y, especialmente, de la falta de oposición expresa de sus padres cuando los agentes ya se encontraban en el interior de la morada, cuyo ingreso no les había sido franqueado por los progenitores del aprehendido, a quienes no se les permitió presenciar el registro practicado en la habitación de aquel.

A esta apreciación se opone este voto en duros términos, señalando que *“con tal inteligencia, hija de otras épocas y de otra inspiración, el a quo establece, en realidad, una presunción de renuncia a un derecho fundamental basado en la omisión de una protesta expresa que, en la situación concreta y en el contexto social y cultural de nuestro país, aparece como una exigencia desmedida e inmune a la razón, desdice el entendimiento común, el del ámbito de la doxa que, al fin y al cabo, es el de la imaginación”.*

Señala luego las condiciones en las que el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada: *“él (consentimiento) ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o*

intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento”

Afirma que *“si esos requisitos no se respetaran, la garantía de la inviolabilidad del domicilio valdría apenas nada, sería un puro verbalismo, o una expresión propia del mundo del “como si”, o según dicen los niños “de mentira”.*

Concluye, en su considerando 9º que *“descartada la existencia de consentimiento que pueda juzgarse como causa válida de la presencia de los agentes policiales en la vivienda del imputado, se sigue que los efectos secuestrados a raíz de tal introducción legal en la esfera de la intimidad de aquel no pueden ser admitidos como elementos probatorios en la causa, pues el método seguido para su obtención ofende el sentido de justicia.”*

Y agrega todavía más *“al efectuar el balance entre la seguridad y la libertad individual, debe atenderse al valor de la supervivencia de esta Nación como tierra de hombres libres (...) según el propósito de sus creadores enunciado en el Preámbulo de la Carta de 1853, que no se lograría acentuando el autoritarismo y la ilegalidad en la averiguación y persecución de los delitos; ni propiciando un derecho oscuro, nocturnal, cuyas normas son el marco de la injusticia. La experiencia demuestra que no es por esa vía espuria y destructiva del estado constitucional que puede mejorarse la seguridad general que sólo florece y medra si se procura el perfeccionamiento profesional de los cuadros policiales, dotándolos de un nivel decoroso de existencia y de los medios modernos de investigación, y más aún en el plano general, a través de la elevación de las condiciones de vida y del pulimento de la organización social, al que no es ajeno el suministro eficaz de una correcta educación cívica. La aspiración legítima a que se imponga el valor seguridad se frustra, según lo comprueba hasta el hartazgo la historia argentina, por la vía del autoritarismo, y se vislumbra, en cambio, en las perspectivas que abren las sendas de la libertad.”*

2.- SENTENCIA TC 81/ 1998

Esta sentencia fue dictada en recurso de amparo interpuesto por don Juan Salvador Domínguez Durán, contra las Sentencias dictadas, respectivamente, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que le condenaron como autor de un delito contra la salud pública.

Los hechos que se declararon probados en la causa se describen en el fallo impugnado de la siguiente manera: *“a raíz de unas diligencias policiales de investigación que derivaron en la intervención, judicialmente autorizada, del teléfono normalmente utilizado por el acusado Juan Salvador Domínguez Durán, fue detenido éste cuando salía de una vivienda habitada por el otro acusado, Vicente Sánchez Muñoz, sita en la carretera de Santa Eugenia a Algaida, sobre las veintidós cuarenta y cinco horas del 2 de junio de 1992, tras un accidentado cerco de la Guardia Civil que incluso resultó con disparos de intimidación y del que salió levemente herido el acusado referido. Al ser detenido, Juan Salvador Domínguez arrojó dos paquetes que contenían,*

uno, 19,710 gramos de cocaína, de una pureza del 55 por 100, y el otro, 6,101 gramos de la misma sustancia, con pureza del 49 por 100, destinada a su distribución o venta a terceros. No consta acreditado que Vicente Sánchez hubiera entregado dicha droga a Juan Salvador Domínguez”.

Fundamenta el recurrente su demanda de amparo, con expresa cita de la STC 114/1984, en la vulneración, a su juicio padecida, de sus derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., alegación que se basa en las siguientes razones:

a) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que deriva de sustentarse las resoluciones impugnadas en pruebas ilícitamente obtenidas. Para el recurrente, *“la prueba obtenida como consecuencia de otra ilícita es inadmisibile, nula e ineficaz. Considera que no es posible considerar desvirtuada su presunción de inocencia ya que las pruebas que sirvieron de base a la condena traen causa de la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo.”* Se está refiriendo el recurrente a la resolución dictada por el Tribunal Supremo en esta misma causa que declaró que la intervención telefónica efectuada era contraria al secreto de las comunicaciones y por tanto inconstitucional, pues la justificación aducida por la policía y acogida por el juez fue declarada insuficiente como presupuesto para su procedencia.

Cuestiona también el razonamiento seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según el cual las pruebas con base a las que se le condenó -testifical de cuatro guardias civiles y aprehensión por los mismos de la sustancia estupefaciente- *“son independientes de las intervenciones telefónicas decretadas, ya que ninguna de las conversaciones recogidas fue determinante causal de la ocupación de la droga”*.

Se expone en la demanda, que *“el análisis de las actuaciones pone de relieve que la investigación policial se limitó a la intervención telefónica declarada nula, sin que se aportara dato objetivo alguno que no guardara relación con la referida intervención”*. En su opinión, tanto el atestado como las declaraciones testificales de los agentes de la autoridad en el acto del juicio oral ponen de relieve que *“la única razón por la que se procedió a montar el dispositivo de vigilancia fue lo oído a través de la intervención telefónica”*.

b) Según el recurrente, la consecuencia que cabe anudar a la anterior alegación es que *“no existió una mínima actividad probatoria producida con respeto a las garantías procesales que pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse por tanto su culpabilidad, por lo que no quedó desvirtuada la presunción de inocencia”* y concluye suplicando se declare la nulidad de las Sentencias.

El Tribunal empieza por señalar que la cuestión sometida a su consideración en el recurso de amparo consiste en determinar si la condena impuesta se asentó en *“una actividad probatoria que pueda considerarse obtenida con todas las garantías que, por exigencia del art. 24.2 C.E., han de regir en el proceso penal y, por tanto, válida y suficiente al efecto de desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el mismo precepto de la Norma suprema”*.

Para ello, señala el fallo, se hace preciso analizar, con carácter previo, “*si los elementos de prueba en los que el órgano judicial basó su convicción acerca de la culpabilidad del recurrente, en relación con el delito contra la salud pública del que se le acusaba, pueden ser tenidos en cuenta por ser jurídicamente independientes de la intervención telefónica declarada contraria al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) pese a hallarse causalmente conectados con ella, y no verse por ello afectados por el acto lesivo del derecho fundamental*” -como entiende la Sentencia del Tribunal Supremo; o si, por el contrario -como sostiene el recurrente-, “*los elementos de prueba en los que se basa la Sentencia condenatoria han de reputarse de nula eficacia probatoria dada su derivación y conexión causal con la previa intervención telefónica declarada ilícita por el propio Tribunal Supremo*”.

De esta manera, señala el fallo, la decisión se contrae a determinar “*si las pruebas en virtud de las cuales resultó condenado el recurrente -ocupación de la droga y testifical de los guardias civiles que la llevaron a cabo- son independientes o no de las que, según una declaración judicial que no debemos revisar en este proceso, se obtuvieron mediante la vulneración de derechos fundamentales*”

Precisa el fallo que esa declaración judicial previa que determinó que la intervención telefónica se habría llevado a cabo mediante la vulneración de derechos fundamentales “*ha de ser apreciada aquí como un dato que, ni las partes han sometido a nuestro juicio, ni podríamos valorar negativamente, dado que nuestra jurisdicción, en sede de amparo constitucional, sólo alcanza a conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales, sin que pueda extenderse a eliminar hipotéticas extensiones indebidas del contenido de los mismos*”.

Así las cosas, delimitado el objeto del recurso en los términos que acaban de exponerse, el Tribunal estima necesario efectuar un previo análisis de los derechos fundamentales aducidos por el recurrente, para precisar el modo en que han de aplicarse al enjuiciamiento del caso.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional señala que comenzará efectuando una distinción entre “*los derechos fundamentales que pudiéramos denominar sustantivos (como es, en este caso, el derivado del art. 18.3 C.E. -derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas-) y los que, al derivar del art. 24 C.E., llamaremos procesales*”.

Sostiene que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. “*En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1.)*”.

Agrega que estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen respecto de los “sustantivos” una consecuencia específica: “*como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional*

constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”.

Afirma que “ese principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal”.

Por eso, agrega “hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instauro, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2. y 3.).

Sostiene el fallo que “la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales «implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» (SSTC 114/1984, fundamento jurídico 5., y 107/1985, fundamento jurídico 2.) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo» (T.E.D.H., Caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de Derecho I, A) debe considerarse prohibida por la Constitución”.

Afirma a continuación que “para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales pues, como dijimos en la STC 159/1986 (fundamento jurídico 6.), es cierto «que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”». Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés, constitucionalmente legítimo, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el art. 124.1 C.E. al Ministerio Público (SSTC 37/1989 y 207/1996).

Solamente a partir de esa doble consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. ha sido o no desde la perspectiva

constitucional, un «proceso justo» (T.E.D.H., caso Schenk, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de Derecho 1 A).

El recurrente en amparo aduce que, en este caso, junto al derecho a un proceso con todas las garantías, se ha vulnerado la presunción de inocencia. Partiendo de esa afirmación, y antes de darle respuesta, “*resulta necesario esclarecer las relaciones entre la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, tal y como la hemos establecido en el fundamento jurídico anterior, y la de la presunción de inocencia*”.

Agrega que “*la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio -que sería la relevante en este caso- opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex art. 117.1 C.E. (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1984, fundamento jurídico 2., entre otras muchas) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)*”.

A partir de estas premisas, afirma que, “*al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*”.

Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo -el secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 C.E.- el análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse -como aquí sucede- íntimamente unidos, son lógicamente separables: “*en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada*”.

El Tribunal Constitucional se encarga de señalar cómo se ha de avanzar en el análisis en supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental.

Señala que se debe empezar “*delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías*”.

Advierte que *“sólo en virtud de su origen inconstitucional pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración”*.

Aclara que en consecuencia, *“si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible”*.

El problema surge, sostiene, cuando, *“tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella”*.

Afirma, citando sentencias anteriores que *“en tales casos la regla general, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E.”*

Sin embargo, a la vez que se establecía la doctrina general que se acaba de exponer y, habida cuenta que, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos, en supuestos excepcionales se ha admitido que, *“pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia”*

Esto sentado, siguiendo en el camino del análisis, es obligado *“indagar en la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, para así poder establecer “si estamos ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general extendiendo, en consecuencia, la prohibición de valoración a las pruebas derivadas o reflejas; o, por el contrario, nos hallamos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla”*.

Vuelve a precisar que *“tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas”*. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, *“habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”*.

Seguidamente se señala que para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, se ha de analizar, en primer término *“la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la*

prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige”.

Estas dos perspectivas, afirma, “*son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.*

Desde el punto de vista de la índole y características de la vulneración de que aquí se trata, ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales (SSTC 199/1987, 85/1994, 86/1995, 181/1995 y 49/1996) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma”.

Sostiene que esta cuestión ha de darse por resuelta en el presente caso a partir de la declaración efectuada por el Tribunal Supremo en la Sentencia que se impugna. Según esa resolución, “*la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del supuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental”.* Por ello, y aunque la Sentencia impugnada no extraiga ninguna consecuencia explícita de ese tipo de infracción, “*hemos de dejar constancia que ni puede afirmarse ni se afirma en ella que dicho supuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas”.*

Esto sentado, procede analizar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente. La Sentencia impugnada subraya que, “*en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita.*

A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que “*dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”.*

Esa afirmación que “*rompe el nexo entre la prueba originaria y la derivada”*, no puede estimarse irrazonable o arbitraria, por lo que se concluye que la valoración de la prueba refleja no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

Sin embargo –advierte– la conexión de antijuridicidad que se ha negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al

secreto de las comunicaciones telefónicas, *“podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo”*.

Precisa que el análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, *“tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales”*.

En consecuencia, la cuestión es *“si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 C.E. no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.”*

Para resolver esa cuestión, sostiene que ha de valorarse en primer término que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. Recuerda que *“la inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el Auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales.”* Pero, precisa que esa doctrina *“sin duda respetuosa del derecho fundamental”*, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales, concluyendo que *“ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”*.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, *“pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental”*.

Recuerda que, en el caso en análisis, la justificación aducida por la Policía Judicial y acogida explícitamente por el Juez determina el posible delito, cuya gravedad está fuera de toda duda, y expresa, junto a esa precisión imprescindible, algunos de los presupuestos de la intervención de las comunicaciones, por más que, en este punto concreto, esto es, en orden a la expresión de los fundamentos justificativos, haya sido declarada insuficiente.

De todo ello desprende que, en este caso, *“la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas”*.

En consecuencia, finaliza diciendo que *“no puede estimarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas. Y, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de rechazarse que la condena recaída sobre la base de las restantes pruebas de cargo, obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales, haya vulnerado la presunción de inocencia”*.