

VERDAD O LEGALIDAD: LOS LÍMITES DEL BLANQUEO DE PRUEBAS ILEGALMENTE RECOGIDAS EN UN ESTADO DE DERECHO*

*Stephen C. Thaman***

Sumario: I. Introducción. II. Principios generales que regulan la prueba prohibida y su exclusión del juicio penal. A. Principios constitucionales que rigen la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas. B. Normas codificadas que regulan la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas. 1. Las nulidades en el procedimiento inquisitorio. 2. Reglas de exclusión absolutas. 3. Reglas de exclusión para violaciones constitucionales (fundamentales). 4. Reglas de exclusión que dependen de la discreción del juez. 5. Reglas de exclusión creadas por la jurisprudencia de las cortes. III. La prohibición del uso de confesiones ilegalmente obtenidas y sus frutos. A. Normas contra confesiones involuntarias. B. La exclusión de declaraciones y sus “frutos” en las que se ha omitido informar sobre el derecho a no declarar y el derecho de asistencia de un abogado defensor (problemática de “Miranda”). IV. La exclusión de pruebas obtenidas

* Una versión anterior de esta investigación fue publicada en “Wahrheit oder Rechtsstaatlichkeit? Die Verwertung von verfassungswidrig erlangten Beweisgegenständen im Strafverfahren”, en *Menschenrechtliches Strafrecht. Festschrift Für Albin Eser Zum 70. Geburtstag 1041-1055* (JÖRG ARNOLD et al. [eds.], 2005). El artículo que aquí se presenta es una nueva versión que ha sido revisada y actualizada. Fecha de recepción: junio de 2009. Fecha de modificación: agosto de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009.

** Abogado de la Universidad de Berkeley (California); doctor en derecho de la Universidad de Friburgo (Alemania); profesor de derecho de la Universidad de San Luis (Missouri) (Saint Louis University School of Law). Correo electrónico: thamansc@slu.edu.

en violación de los derechos que protegen la privacidad. A. La protección constitucional de la privacidad del domicilio y de la correspondencia. B. El requisito de “causa probable”. C. La excepción de urgencia. D. Reglas absolutas de exclusión para violaciones del derecho constitucional de privacidad. E. Teorías que rechazan la exclusión como consecuencia de una entrada ilegal en el domicilio. 1. La incautación no es un “fruto” del registro ilegal. 2. Doctrinas de descubrimiento inevitable. 3. Análisis que hace el balance de varios factores (*balancing tests*). G. Uso de pruebas o información ilegalmente obtenida contra terceros. V. Conclusión

Resumen: Esta ponencia se concentra en la tensión entre los derechos constitucionales de silencio y de la privacidad y el fin importante del proceso penal de buscar la verdad. Elabora las reglas de exclusión de pruebas desde las reglas inquisitivas de nulidades hasta reglas modernas en códigos, constituciones y decisiones de las cortes supremas en cuanto a la prueba prohibida y su utilización en el proceso penal.

Palabras clave: prueba prohibida, derecho al silencio, derecho a la privacidad.

TRUTH OR LEGALITY: THE LIMITS ON THE LAUNDERING OF ILLEGALLY GATHERED EVIDENCE IN A STATE UNDER THE RULE OF LAW

Abstract: This paper discusses the tension between the constitutional rights to silence and to privacy and the important goal of criminal procedure to ascertain the truth. It traces exclusionary rules from the inquisitorial rules relating to nullities, to modern constitutional, statutory and jurisprudential rules for excluding illegally gathered evidence.

Keywords: exclusionary rules, right to silence, right to privacy.

I. INTRODUCCIÓN

Las ideas de “verdad” y “prueba” están inextricablemente vinculadas en la historia del proceso penal continental europeo, por lo menos desde el ascenso del procedimiento inquisitorio en los siglos XIV y XV. La calidad de la justicia en los tribunales consuetudinarios, compuestos de los ancianos, o los prototipos de jurados y escabinos, no tenía mucho que hacer ni con la verdad ni con pruebas, con excepción de los casos de flagrancia, en que los capturados en el acto de comisión de un crimen, con manos ensangrentadas o botín en mano, eran enjuiciados y ejecutados de manera inmediata¹.

1 Para unos ejemplos de estos procedimientos rápidos y mortales, véase STEPHEN C. THAMAN, *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach*, 4-5 (2.^a ed. 2008).

La restauración de la paz entre la víctima (o la familia o clan de la víctima) y el reo tenía prioridad sobre la determinación meticulosa de “qué pasó” durante la época de duelos, compurgadores y ordalias divinas. Aun cuando los procedimientos primitivos fueron reemplazados por tribunales de jurado o escabinado, sus decisiones discrecionales con “intima convicción” se centraban más en la cuestión de la posible reintegración del reo en la comunidad y bajo qué condiciones, que en un análisis de pruebas y determinación de la verdad.

Pero cuando el proceso penal pasó a ser más “científico” y los jueces legos y los procedimientos primitivos fueron reemplazados por jueces técnicos con el deber de buscar la verdad y el poder inquisitorio de recopilar y conservar prueba, se soldó el eslabón entre “prueba” y “verdad”, y la búsqueda de esta última asumió la prioridad sobre preocupaciones más humanas como resolver del conflicto que el hecho delictivo ha causado en la comunidad. Ahora bien: el ascenso del procedimiento inquisitorio fue una necesidad de los poderes centrales de la Iglesia y el Estado, que querían subyugar los poderes locales y sus sistemas de resolución de conflictos. Las “verdades” que el Estado quería comprobar en sus tribunales eran a menudo mitos o ficciones autoperpetuados, en que los poderes centrales fundaban su dominación: los crímenes sometidos al sistema de instrucción secreta y inquisitoria eran aquellos contra el Estado o la religión estatal, que no se podían demostrar por querellas de víctimas y testimonio de testigos, puesto que éstos no existían. Se necesitaba un nuevo sistema, en el cual un juez letrado en la ciencia (¿o era realmente brujería?) del derecho² demostraba la “verdad” secretamente, sin la intromisión de víctimas, acusados, defensores o el público.

Pero el dominio del procedimiento inquisitorio en la Europa continental no constituyó, a pesar de los avances en la búsqueda de pruebas y la mayor previsibilidad de las sentencias profesionales, una humanización del procedimiento de resolución de conflictos de tipo penal. Los grandes pensadores de la Ilustración se han quejado de que la administración de justicia era responsable para más crímenes y sufrimiento que todos los crímenes cometidos por todos los delincuentes comunes³. Se condenó a muerte a muchos inocentes en esta época, a menudo con base en confesiones coaccionadas por la tortura legalizada o por la amenaza de aplicarla⁴. Esta cifra seguramente compensó la gran cantidad de culpables que se absolviéron en los tiempos de derecho consuetudinario como resultado de los procedimientos irracionales.

Gracias a Dios, aquellos días han pasado (en la mayoría de los países). Oficialmente, la tortura desapareció a fines del siglo XVIII⁵. En Europa continental, sin embargo, la

2 O quizás la “ciencia de horrores”. LUIGI FERRAJOLI. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 578 (5.ª ed., 1998).

3 FERRAJOLI, *supra* nota 2, p. 339.

4 CESARE BECCARIA. *Dei delitti e delle pene*, 62 (4.ª ed., Feltrinelli, 1995).

5 JOHN H. LANGBEIN. *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, 10 (1977).

Revolución francesa fue seguida por convulsiones políticas en que la mayoría de los países viraban entre los extremos de monarquías absolutas de tipo estado policial y el liberalismo⁶. Naturalmente, toda pretensión de ser un Estado de derecho desaparecía con el ascenso del bolchevismo en Rusia, el nazismo en Alemania y sus aliados, el fascismo en Italia y el franquismo en España⁷.

La reacción a los horrores de la primera mitad del siglo xx constituyó el impulso para la promulgación de los tratados de protección de los derechos humanos en la posguerra: la Declaración Internacional de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Los países que salieron de la oscuridad de la primera mitad del siglo xx promulgaron nuevas constituciones que reflejaban la primacía de la protección de sus ciudadanos contra la violencia y arbitrariedad del Estado. Los países que salieron más tarde de la tiranía establecieron sistemas más avanzados para la protección de los derechos humanos contenidos en sus constituciones: en este sentido, se puede comparar las constituciones de Italia y Alemania de 1949 con la Constitución española de 1978 y finalmente las constituciones de las otrora repúblicas soviéticas después de 1989.

Una explosión semejante de nuevas constituciones y códigos procesales penales se presentó en los años noventa en América Latina después de décadas de dictaduras más o menos aliadas con Estados Unidos en su lucha contra movimientos de izquierda más o menos aliados con la difunta Unión Soviética.

Las experiencias en los Estados Unidos y en Inglaterra son diferentes. Naturalmente, Inglaterra no ha experimentado ni el fascismo ni el totalitarismo soviético en su suelo, pero tampoco tiene una constitución escrita o declaración de derechos con protecciones específicas para sus ciudadanos. Cualquier protección emana de las decisiones de los altos tribunales en casos particulares. La experiencia en Estados Unidos, en cambio, revela marcadas diferencias. El Bill of Rights de Estados Unidos del año 1791 fue promulgado en un tiempo en que los estadounidenses, después de haber sufrido la opresión de leyes arbitrarias de los ingleses, querían un gobierno que se entrometiera lo menos que posible en sus vidas cotidianas. Su propósito era prohibir la promulgación de leyes que afectaran las libertades de los ciudadanos en los trece estados que constituían la Unión en aquel entonces.

Casi todos los casos penales se enjuiciaban en las cortes de los estados, que tenían sus propias constituciones, con sus propias declaraciones de derechos civiles, y las cortes

6 En España, las épocas de liberalismo coincidieron con intentos de introducir el tribunal del jurado y la de restauración de la monarquía absoluta con su abolición. Véase Ley Orgánica 5/1995, del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE del 23 de mayo de 1995, "Exposición de motivos" 1, citado en *Ley de enjuiciamiento criminal y legislación complementaria*, 623-624 (17.ª ed., 2002).

7 Sobre la cantidad horrorosa de penas de muerte impuestas a menudo para delitos triviales durante los 12 años de la dictadura nazi, INGO MÜLLER. *Furchtbare Juristen*, 135-174 (1989).

supremas de los estados podían interpretar el alcance de su protección según sus predilecciones, hasta tal punto que el Bill of Rights federal sólo tenía fuerza en relación con las cortes federales. Por supuesto, los ciudadanos afroamericanos no tenían ningún derecho hasta el fin de la Guerra Civil en el año 1865, ni en el sistema federal, ni en los de los estados. Sólo con la promulgación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal en 1865, que prohibía a los estados privar a cualquiera persona, incluso a los esclavos liberados, del “debido proceso de la ley”, conseguía la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante CSEU) el poder de cambiar el tratamiento miserable de los afroamericanos en las cortes de los estados (sobre todo en las cortes de los estados del sur). Pero sólo en los años treinta del siglo pasado la CSEU comenzó a anular condenas emanadas de las cortes estatales basadas en confesiones conseguidas con el uso de tortura y otras tácticas coactivas que socavaron la voluntad libre del acusado y como consecuencia el “debido proceso”. Extrañamente, la CSEU exigía estándares constitucionales mucho más altos para la administración de las cortes federales que los exigidos para las cortes estatales. Ya en el año 1914 la CSEU adoptó una regla de inadmisibilidad de pruebas prohibidas, recogidas ilegalmente por los funcionarios federales, por considerarla contraria a las normas de la Cuarta Enmienda de la Constitución que prohíbe los registros, confiscaciones y detenciones no razonables o sin mandato judicial. La Corte expuso muy claramente los problemas que la decisión quería resolver:

La tendencia de los que ejecutan las leyes penales del país, de conseguir una condena por medio de confiscaciones ilegales y confesiones forzadas, las últimas obtenidas después que haber sometido las personas acusadas a prácticas injustificadas que destruyen los derechos protegidos por la Constitución federal, no debería encontrar respaldo en las decisiones de las cortes que están encargadas siempre de apoyar a la Constitución y a que el pueblo de todos los niveles tienen un derecho de apelar por el mantenimiento de los derechos fundamentales.⁸

Sólo en el año 1948 pudo una mayoría de la CSEU dar el paso de declarar que las protecciones de la Cuarta Enmienda contra detenciones, confiscaciones y registros no razonables o autorizados por mandatos judiciales que carezcan de causa probable o una clara descripción de los lugares por registrar y las cosas por confiscar son vinculantes para los órganos de la justicia en los estados. Pero hubo que esperar otros 13 años, hasta 1961, para que la CSEU hiciera también vinculante la regla de inadmisibilidad de toda prueba recogida en violación de los requisitos de la Cuarta Enmienda⁹.

La primera generación de derechos humanos, incluso los que pertenecen a la investigación y el enjuiciamiento de casos penales, se atrincheraba –consolidaba– en el continente europeo después de la derrota de las dictaduras fascistas y comunistas y los estados policiales que atormentaron los pueblos continentales en la primera mitad

8 “Weeks v. United States”, 232 US 383 (1914).

9 “Wolf v. Colorado”, 338 U. S. 25 (1949); “Mapp v. Ohio”, 367 U. S. 643 (1961).

del siglo xx. Igual ocurre en el desarrollo más tarde en América Latina y las repúblicas emergentes de la difunta Unión Soviética, donde las protecciones garantizadas al acusado pueden ser interpretadas sólo como *restricciones de los poderes del Estado en la investigación y enjuiciamiento de casos criminales*. En los Estados Unidos, en cambio, las nuevas protecciones declaradas en las decisiones de la CSEU en los años sesenta del siglo pasado bajo la presidencia de EARL WARREN eran también una respuesta al Movimiento por los Derechos Civiles de los años cincuenta y sesenta para abolir el *apartheid* en el sur estadounidense y para corregir la injusticia regional causada por el racismo en la administración de justicia criminal. Pero el objetivo era el mismo: limitar los poderes de la policía y el gobierno en la investigación y el enjuiciamiento de casos criminales.

Hay que analizar la regla de exclusión o de inadmisibilidad en este contexto. En este trabajo voy a discutir la aplicación de las reglas de inadmisibilidad en los dos campos más críticos para las libertades de los ciudadanos: 1. cuando la policía utiliza prácticas ilegales en interrogatorios de sospechosos/acusados y 2. cuando los órganos de investigación criminal recogen pruebas violando el derecho a la privacidad del domicilio o en conversaciones privadas. La confesión de culpabilidad fue durante el reino del sistema inquisitorio (y todavía es en muchos países) la *reina de las pruebas*. Pero también es el tipo de prueba que más frecuentemente resulta de una violación de la dignidad de la persona bajo investigación. Los métodos más atroces para inducir confesiones, como tortura, amenazas y otras coacciones, son explícitamente prohibidos en todos los países civilizados, y el uso de tales métodos resultará automáticamente en la prohibición del uso de las confesiones en cualquier procedimiento penal y, normalmente, también en la prohibición del uso de los “frutos del árbol envenenado”, es decir, la prueba indirectamente derivada de la confesión anulada. En cambio, los métodos más sutiles para inducir una confesión no son prohibidos en la mayoría de los países, aunque hay una fuerte tendencia a que los interrogadores deben avisar a los sospechosos antes de interrogarlos sobre el derecho a no declarar contra sí y el derecho a contar con la asistencia de un abogado defensor. En pocos sistemas han reconocido que la interrogación del sospechoso/imputado para conseguir pruebas contra él es un mal absoluto y que cualquier interrogatorio sólo sería procedente a petición del imputado como diligencia de defensa. Vamos a discutir hasta qué punto una violación del deber de informar a los sospechosos/imputados de sus derechos, llamados en Estados Unidos “*Miranda rights*”, conduce a la inadmisibilidad de una declaración o confesión y, además, de sus frutos.

El derecho a la privacidad en el domicilio y en la correspondencia era tan sagrado para los colonos estadounidenses, al igual que para los ingleses mismos, como el derecho de no declarar contra sí mismo. El derecho a la privacidad es también hoy consagrado como parte integral de los convenios de derechos humanos y las constituciones nacionales a causa de los abusos en este campo perpetrados por los estados policiales y las dictaduras totalitarias del siglo pasado. Evidencia de esta realidad son las novelas

antitotalitarias de la época de la guerra fría, como *Nineteen Eighty-Four* de GEORGE ORWELL y *Brave New World* de ALDOUS HUXLEY.

Aunque las constituciones modernas y los convenios de derechos humanos universalmente exigen que cualquier invasión del domicilio o del secreto de conversaciones íntimas será autorizada por un juez, en muchos países una violación de este requisito constitucional no conduce a una prohibición del uso de las pruebas recogidas durante la diligencia ilegal como pruebas de cargo para condenar a la persona cuyos derechos fueron violados.

El incumplimiento por parte de las democracias modernas de las exigencias de sus constituciones de proteger la dignidad y privacidad de los ciudadanos, so pretexto de que es necesario sacrificar estos derechos para triunfar en la lucha contra la criminalidad, socava gravemente sus reivindicaciones de ser “estados de derecho”.

Se encuentra aquí un doble moral en los estados postinquisitorios, en que se proclama la primacía del principio de la verdad material, el principio por excelencia inquisitorio que raramente tiene estatus constitucional, sobre las protecciones constitucionales de la privacidad, la dignidad humana y de la legalidad en un Estado de derecho. En algunos de estos países se ha abolido el tribunal con jurados debido a la imprevisibilidad de sus veredictos y a que el jurado puede ignorar el derecho positivo para llegar a una resolución “justa” según su sentido común¹⁰. Sin embargo, el análisis que sigue muestra cómo jueces profesionales a menudo ignoran la ley y la Constitución, inventando nuevos “principios constitucionales” que claramente socavan los universalmente reconocidos derechos humanos para, como jurados, justificar la decisión que prefieren: frecuentemente, la convicción de cada persona culpable, a pesar de la conducta ilegal de los órganos de la administración de la justicia que investigaron el caso.

II. PRINCIPIOS GENERALES QUE REGULAN LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU EXCLUSIÓN DEL JUICIO PENAL

A. Principios constitucionales que rigen la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas

La importancia de la prevención de violaciones de los derechos de los ciudadanos por parte de funcionarios del Estado es evidente en las constituciones de algunas repúblicas que han emergido recientemente de la dictadura de la Unión Soviética, en que se ha elevado la exclusión de la prueba prohibida, es decir, pruebas recogidas con métodos que violan la Constitución o, a veces, también las normas del código procesal penal.

10 Véase DARYL BROWN, “Nullification Within the Rule of Law”, 81 *Minn. L. Rev.* 1149, 1175 (1997), que compara decisiones de jurados de éste tipo con la exclusión de pruebas relevantes.

Por ejemplo, el artículo 50(2) de la Constitución Rusa de 1993 señala: “En la administración de la justicia no se permite el uso de pruebas recogidas en violación de las leyes federales”¹¹. Si se lee el texto de las constituciones de Rusia y Georgia literalmente, el uso de pruebas ilegalmente recogidas sería prohibido también cuando la violación recayera sobre una norma técnica, sin importancia constitucional. El artículo 29, párrafo 5.º, de la Constitución de la República de Colombia limita la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas si existe una violación del “debido proceso”. Todavía no se puede caracterizar la constitucionalización de las reglas de exclusión como tendencia firme, pero en los países donde ellas tienen un ancla constitucional será mucho más difícil ignorarlas a favor de un principio académico como el de la verdad material.

La Carta de Derechos y Libertades de Canadá incorpora una regla de exclusión, pero en términos no absolutos, según la cual el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito. Según el artículo 24(2) de la Carta, “Cuando una corte averigüe que la prueba fue conseguida de un modo que violó o negó alguno de los derechos o libertades garantizados por esta Carta, la prueba deberá ser excluida si se establece que, tomando en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento resultará en el descrédito de la administración de la justicia”.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos presenta un argumento fuerte para aquellos que niegan que las reglas de prueba prohibida tengan un nivel constitucional. La Corte Europea de Derechos Humanos ha negado reiteradamente la existencia de una obligación de excluir pruebas, aun cuando se han recogido por medio de violaciones graves a los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). En “Schenk v. Switzerland”, un caso en que existía una grabación ilegal de una conversación telefónica, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó: “Mientras que el artículo 6 de la Convención garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna regla de admisibilidad de las pruebas, que es fundamentalmente para reglar según la ley interna de los estados”¹². El rechazo de la Corte Europea de Derechos Humanos de tratar la cuestión de la admisibilidad de pruebas recogidas en violación de la convención ha continuado en una sucesión de casos condenando al Reino Unido por la práctica de escuchas sin autorización judicial y el uso de otros métodos secretos de investigación¹³. En la decisión de “Allan v. United Kingdom”, la Corte citaba la decisión “Schenk” y afirmó: “No es el papel de la Corte determinar, como cuestión de principio, si categorías determinantes de pruebas –por ejemplo prueba ilegalmente recogida– sean admisibles o si el suplicante sea culpable, o no. La cuestión que debe ser resuelta es si el procedimiento en su totalidad, incluso

11 Véase también artículo 42(7) de la Constitución de la República de Georgia.

12 “Schenk v. Switzerland”, 13 EHRR 242 (1988) ¶ 46.

13 “Khan v. United Kingdom”, 31 EHRR (2000); “Armstrong v. United Kingdom”, 36 EHRR 30 (2003); “Taylor-Sabori v. United Kingdom”, 36 EHRR 17 (2003); “Allan v. UK”, 36 EHRR 12 (2003), ¶ 42; “Hewitson v. UK”, 37 EHRR 31 (2003).

el modo de obtener las pruebas, era justo. Esto supone un examen de la supuesta ‘ilegalidad’ y, cuando se trata de la violación de otro derecho protegido por la convención, la naturaleza de esta violación”¹⁴.

B. Normas codificadas que regulan la exclusión de pruebas ilegalmente recogidas

1. Las nulidades en el procedimiento inquisitorio

En el proceso penal continental europeo, ciertos errores en el sumario han resultado históricamente en la “nulidad” del acto y en la prohibición de su uso en el plenario. Según el § 171 CPP-Francia, “Hay nulidad cuando falta reconocer una formalidad esencial contenida en una norma de este código o cualquier otra norma del proceso penal resulta en la violación de intereses de la parte a quien se refiere. Como consecuencia de la nulidad, el acto anulado se retira del expediente del sumario y se le archiva con el secretario de la Corte de Apelación”. Además, se señala: “Está prohibido derivar información alguna contra las partes de los actos anulados o documentos o de partes de ellos, so pena de un procedimiento disciplinario contra los abogados o jueces” (§ 174[3] CPP-Francia).

En los sistemas postinquisitorios, retirar del expediente el documento que contiene la prueba anulada significa, normalmente, una declaración de inadmisibilidad completa de la prueba en el sumario, especialmente porque el expediente es la fuente de toda prueba admisible en él¹⁵. Parece que la doctrina francesa de las nulidades también excluirá las pruebas derivativas, es decir, los “frutos del árbol envenenado”. Pero es dudoso si funciona así en la práctica.

Hay que aclarar el efecto de retirar un acto del expediente del sumario. Naturalmente, si el documento permanece en el expediente, el juez técnico, y quizás también un

14 ¶ 42 “Allan v. United Kingdom”, *supra*. El análisis de la Corte Europea de Derechos Humanos no discrepa mucho del enfoque de la Carta canadiense. La Corte Suprema de Canadá decidió que el artículo § 24(2) de la Carta no otorga al juez ninguna discreción, si no le obliga de admitir o excluir como resultado de una conclusión de “desmérito”. “La decisión depende de todas las circunstancias incluso la naturaleza de la prueba, que derecho de la Carta fue violado, si la violación era grave o técnica, intencional o imprudente, si ocurrió en una situación de urgencia, si la prueba hubiera sido descubierto a pesar de la violación, si trata de un delito grave, y si la prueba era necesaria para demostrar la verdad de la acusación.” “Queen v. Collins”, 33 CCC (3d) 1, 12 (1987).

15 En los sistemas en que persistía un juicio mayoritariamente escrito, como en los Países Bajos o en los tribunales correccionales de Francia, se ha podido leer los actos del sumario contenidos en el expediente en el juicio propio, si eran constituido obedeciendo las reglas del código procesal penal. Esta práctica inquisitoria se está cambiando a causa de decisiones del Corte Europea de Derechos Humanos, que ha afirmado que el uso de declaraciones previas tomadas sin la participación del acusado puede violar el artículo 6.º del CEDH. véase “Delta v. France”, 16 EHRR 574 (1993) y discusión en THAMAN, *supra* nota 1, pp. 125-135.

juez escabinado, podría tomar conciencia de su contenido y dejarse influenciar en su decisión en la causa¹⁶.

En el Código Procesal Penal de Italia de 1988 (en adelante CPP-Italia) se reconoce también la idea de “nulidades”. En el artículo 177 CPP-Italia se señala que “la falta observación de las normas establecidas para la diligencia es causa para una nulidad sólo en los casos determinados por la ley”. Al igual que en el código francés, donde hay una jerarquía de nulidades¹⁷. En Italia hay nulidades del “orden general” y “nulidades relativas”. Algunas de las nulidades de “orden general”, incluso la falta de nombrar un abogado defensor, se consideran como “absolutas” e irreparables y pueden ser planteadas por el juez *sua sponte*. Las nulidades relativas deben ser planteadas por las partes durante el sumario o no pueden ser alegadas en recursos de casación¹⁸. Según el § 183 CPP-Italia, una nulidad relativa puede ser “saneada” por la parte afectada o por el funcionario que ha violado la norma, y el § 185(1) CPP-Italia parece reconocer la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”: “La nulidad de un acto hace inválidos los actos siguientes que dependieron del acto anulado”.

2. *Reglas de exclusión absolutas*

El § 7(1) del CPP-Rusia de 2001 sigue el lenguaje absoluto de la norma constitucional mencionada arriba: “La violación de normas de este código por la corte, el fiscal, el investigador, o la policía durante el procedimiento penal resulta en la declaración de la inadmisibilidad de las pruebas así recogidas”. De modo similar, el § 191 CPP-Italia proclama una prohibición del uso (*l’inutilizzabilità*) de pruebas “recogidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley”.

3. *Reglas de exclusión para violaciones constitucionales (fundamentales)*

El § 11.1 del Ley Orgánica del Poder Judicial de España (en adelante LOPJ-España) limita la naturaleza de violaciones de la ley que resultarían en la exclusión de la prueba: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

16 En Alemania, por ejemplo, el documento se queda en el expediente y puede influenciar a los jueces técnicos, aunque ellos no pueden hacer referencia a ello en la motivación de la sentencia. CRAIG M. BRADLEY. “The Exclusionary Rule in Germany”, 96 *Harv. L. Rev.* 1032, 1063-1064 (1983).

17 En Francia se utiliza los términos de “nulidades textuales” y “nulidades sustanciales.” JEAN PRADEL. *Procédure pénale*, 596-599 (9.ª ed., 1997).

18 §§ 178, 179, 181 CPP-Italia.

4. Reglas de excusión que dependen de la discreción del juez

En Inglaterra y en Gales, el § 78(1) de la Police and Criminal Evidence Act de 1984 (en adelante PACE) señala: “En cualquier procedimiento, la corte puede rechazar pruebas de cargo con las cuales cuenta la acusación, si considera que, tomando en cuenta todas las circunstancias, incluso las circunstancias en que la prueba fue recogida, la admisión de la prueba tendría un afecto tan adverso a la equidad (*fairness*) del procedimiento que la corte no debiera admitirla”. La discreción que tiene el juez según el § 78 PACE se ha descrito en la literatura como “amplia y no estructurada” debido a la plétora de factores que pueden ser sopesados además de la legalidad de las acciones de la policía: la gravedad del delito, la buena fe de los funcionarios de policía, el tipo de prueba y su credibilidad, la existencia de prueba corroborativa, el tipo de ilegalidad y el tipo de derecho violado¹⁹. Aunque se acepta una tal discreción, sopesando múltiples factores en la Corte Europea de Derechos Humanos, votos particulares en dicha corte han expresado sus dudas si el uso de pruebas recogidas en violación de derechos fundamentales riñe con el derecho a un juicio equitativo (*fair trial*) garantizado por artículo 6.º CEDH²⁰.

5. Reglas de exclusión creadas por la jurisprudencia de las cortes

Aunque no se encuentran reglas de exclusión ni en el CCP ni en la Constitución de Alemania, la Corte Suprema de Alemania (*Bundesgerichtshof*) ha aceptado la exclusión de pruebas, según un proceso complejo en que se sopesan varios factores:

La decisión de si habrá o no una prohibición del uso se hace sopesando de modo exhaustivo [...] la importancia de la violación en el procedimiento así como la importancia para los intereses legales protegidos de la parte afectada, que deben ser consideradas y sopesadas, además de la consideración de que la verdad no debe investigarse a toda costa [...]. En cambio, se debe considerar que una prohibición del uso dificulta la posibilidad de determinar la verdad [...] y que el Estado, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe constitucionalmente garantizar una administración de justicia que es capaz de funcionar, y sin que la justicia no puede ser realizada [...]. Si la norma procesal violada no sirve, por lo menos primariamente, para proteger el acusado, entonces una prohibición de uso será poco probable; pero una prohibición del uso es adecuada

19 DAVID ORMEROD. “ECHR and the Exclusion of Evidence: Trial Remedies for Article 8 Breaches?” [2003], *Crim. L. R.* 61, 64.

20 Por ejemplo, el voto particular de LOUCAIDES en “Khan v. United Kingdom”: “equidad, cuando examinado en el contexto del CEDH implica cumplimiento de la ley y, de hecho, supone un respeto para los derechos humanos garantizados en la Convención. No creo, que se pueda hablar de un juicio justo si lo ha celebrado en violación de la ley”. Sobre la falta de claridad en estándar de *fairness* de § 78 PACE, véase RICHARD MAHONEY. “Abolition of New Zealand’s *Prima Facie* Exclusionary Rule”, [2003] *Crim. L. Rev.* 607, p. 610.

cuando la norma procesal violada ha sido establecida para asegurar la base de la posición procesal del acusado en un enjuiciamiento penal.²¹

Pero aun cuando la Corte determina que la violación es de tal importancia que provocaría una prohibición de uso, por ejemplo, cuando hay una violación de los derechos de desarrollar la personalidad por vía del secuestro y uso de entradas en un diario para demostrar culpabilidad, la Corte debe tomar en cuenta la gravedad del delito acusado antes de decidir sobre la exclusión:

Si la acusación es de leve gravedad, entonces los intereses de privacidad del autor en los escritos prevalecerán frecuentemente. Pero en casos en que hay causa probable de que una agresión grave contra la vida, contra otros intereses legales importantes, contra el Estado u otros ataques serios contra el orden legal ha sido cometida, entonces la protección de la privacidad debe ceder.²²

El alto tribunal de Australia también ha elaborado criterios que los jueces deben sopesar cuando determinan la cuestión de la admisibilidad de prueba ilegalmente recogida. La Corte debe tomar en cuenta si había mala fe por parte de la policía, la importancia de la prueba, la gravedad del delito y la facilidad de que la policía hubiera cumplido las exigencias de la ley²³. La exclusión será obligatoria también, según otra decisión del alto tribunal, cuando “el interés público en el mantenimiento de la integridad de las cortes y en el cumplimiento de la ley y las normas mínimas de decoro por los que están encargados con la administración de la justicia” lo exige²⁴.

En el año 2002, la Corte de Apelación de Nueva Zelanda adoptó un análisis de *fairness* que incluye múltiples factores, y da al juez una discreción amplia, sopesando criterios como “la gravedad del delito” y “la importancia de la prueba”, reemplazando un análisis más estricto, que había comenzado con una presunción de que las pruebas ilegalmente recogidas serían inadmisibles, dando a la fiscalía la posibilidad de rebatir esta presunción²⁵. La justificación para la exclusión, según la ya reemplazada presunción de inadmisibilidad y el nuevo análisis basado en *fairness*, es la “vindicación del

21 BGHST 38, 214, 218-222. Para una traducción en inglés, véase THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, p. 111.

22 BGHST 19, 325,331. Para una traducción en inglés, véase THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, p. 113.

23 “Bunning v. Cross”, (1978) 141 C. L. R. 54, citado en CRAIG M. BRADLEY. “Mapp Goes Abroad” 52 *Case Western Res. L. R.* 375, 380 (2001).

24 “Ridgeway v. the Queen”, (1995) 184 C. L. R. 19, 38, citado en BRADLEY, *supra* nota 23, p. 380. Tomando la decisión, la corte debe sopesar: “la naturaleza, gravedad y el efecto del conducto ilegal de la policía” y si el conducto fue “animado o tolerado” por las autoridades la policía o la fiscalía. Según este análisis, la injusticia sufrida por el acusado tiene poca importancia. Ídem.

25 SHAHEED [2002] 2 N. Z. L. R. 377, CA, citado en MAHONEY, *supra* nota 20, p. 607.

derecho violado”²⁶ y no, como según la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda en Estados Unidos, la disuasión de la policía²⁷.

Entre las cortes europeas, me parece que en España se interpreta la prohibición del uso de pruebas ilegalmente recogidas más que en los otros países. Es ya doctrina fija el que la introducción de pruebas ilegalmente recogidas viola la presunción de inocencia, la igualdad de armas y el derecho a un juicio justo. La prueba ilegalmente recogida no puede enervar la presunción de inocencia, porque vendría a ser lo mismo que permitir a una parte en el procedimiento actuar ilegalmente (la acusación) y no a la otra (la defensa), resultando en la protección desigual de la ley²⁸.

El texto más famoso en la jurisprudencia estadounidense relacionado con la prohibición del uso de prueba ilegalmente recogida lo escribió el magistrado de la CSEU LOUIS BRANDEIS en un voto particular frente una decisión que aceptaba escuchas de funcionarios federales en violación de una ley del Estado de Washington:

Decencia, seguridad y libertad igualmente exigen que los funcionarios gubernamentales se sometan a las mismas reglas de conducta que son mandos para el ciudadano. En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno estará en peligro si él no cumple escrupulosamente las leyes. Nuestro gobierno es el maestro potente y omnipresente. Para lo bueno o lo malo, él enseña al pueblo entero con su ejemplo. La criminalidad es contagiosa. Si el gobierno se hace un delincuente, se engendra desprecio para el derecho; se invita a todos los hombres a ser una ley en sí mismo; se invita a la anarquía. Declarar que en la administración del derecho penal el fin justifica los medios; declarar que el gobierno puede cometer delitos para asegurar la condena de un delincuente privado llevaría consigo un castigo terrible. Contra esta doctrina perniciosa, esta corte debería contundentemente poner su cara.²⁹

El voto particular del gran magistrado OLIVER WENDELL HOLMES no es menos fuerte:

Debemos elegir, y según mi juicio pienso que es un mal menor que algunos delincuentes se escapan, que el gobierno jugara un papel mediocre [...]. Si el código vigente no permite que los fiscales tengan parte en tal negocio sucio, tampoco permite al juez de dejar que tales injusticias tengan éxito. [...]³⁰

26 *Ibíd.*, p. 610.

27 “United States v. Leon”, 468 U. S. 897 (1984).

28 Véase la decisión de 26 marzo 1996 del Tribunal Constitucional de España, BJC 180, 133, pp. 137-138, traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 18, pp. 115-117.

29 “Olmstead v. United States”, 277 US 438, 468 (1928), voto particular de BRANDEIS.

30 277 U. S. p. 470, voto particular de HOLMES.

III. LA PROHIBICIÓN DEL USO DE CONFESIONES ILEGALMENTE OBTENIDAS Y SUS FRUTOS

A. Normas contra confesiones involuntarias

Se ha prohibido el uso de tortura como medio de recopilar pruebas y demostrar culpabilidad en procesos penales hace siglos en Europa, y se le ha condenado junto con otros tratamientos crueles e inhumanos en las constituciones nacionales³¹ y en las convenciones de derechos humanos³². En cualquier país civilizado el uso de tortura o métodos que socavan la voluntad del interrogado conduce a la exclusión de toda declaración obtenida. Por lo tanto, el § 136a CPP-Alemania prohíbe el uso de maltratos, fatiga, intervención física, la administración de sustancias, tortura, engaño, hipnosis, amenazas de aplicar medidas que no corresponden según las reglas, y promesas de un beneficio que la ley no proporcione. Esta norma también incluye su propia regla de prohibición del uso³³. El § 9 CPP-Rusia de 2001 prohíbe el uso de fuerza, tortura u otro tratamiento brutal o degradante, y generalmente prohíbe “la realización de diligencias y decisiones que degradan el honor de los participantes en el proceso penal y tratamientos que degradan la dignidad humana o crean un peligro para la vida o la salud”.

La cuestión más importante aquí es si se puede no obstante utilizar los “frutos” de declaraciones realizadas contra la voluntad del imputado por el uso de fuerza, amenazas, engaño o promesas ilegales en la investigación o enjuiciamiento del caso contra el imputado o terceros. En el derecho común inglés, la inadmisibilidad de una confesión involuntaria no afectaba la admisibilidad de otras pruebas derivadas, encontradas como resultado de la confesión ilegal³⁴. El argumento era que la falta de credibilidad de una confesión coaccionada no debería contaminar pruebas físicas encontradas como resultado³⁵. Pero, a su debido tiempo, la teoría de la CSEU del debido proceso se tornó más sofisticada y se excluyeron confesiones como resultado de la ilegalidad de la práctica

31 Por ejemplo, artículo 15, Constitución española; artículos 13(44), 27(2) Constitución de Italia; artículo 21(2) Constitución de Rusia.

32 Artículo 57, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 7.º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Para una colección de estos textos, véase M. CHERIF BASSIOUNI. *The Protection of Human Rights in the Administration of Criminal Justice: A Compendium of United Nations Norms and Standards*, 21-39 (1994). véase artículo 3.º CEDR y artículo 5.º (2) Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH).

33 Normas semejantes se encuentran en § 64(3) CPP-Italia.

34 Aunque había una prohibición del uso de confesiones involuntarias obtenidas por tortura, amenazas o promesas desde el principio del siglo XIX, R. v. Warickshall, 1 Leach 263, 264, 163 Eng. Rep. 234, 235 (O. B. 1783), la norma no se extendía a las frutas de las confesiones. JOHN H. LANGBEIN. *Origins of Adversary Criminal Trial*, 218-229 (2003).

35 WAYNE R. LAFAVE et al. *Criminal Procedure*, 519 (3.ª ed., 2000). Originalmente, se decidía la admisibilidad de una confesión coaccionada, sólo utilizando criterios de credibilidad. “Hopt v. People of Territory of Utah”, 110 U. S. 574 (1884).

policial y no a causa de una determinación de credibilidad³⁶. A pesar de la mención de “frutos” en sus decisiones antiguas, la posición de la CSEU en relación con la admisibilidad de los frutos de confesiones coaccionadas no es todavía clara³⁷.

Pero la cuestión de declaraciones forzadas surge de nuevo en el contexto de la “guerra” estadounidense contra el terrorismo y el uso de la tortura en Irak, Guantánamo y en cárceles secretas en otros países. El establecimiento de comisiones militares para enjuiciar a los presuntos terroristas sometidos a interrogaciones forzadas tenía como fin la evasión de las normas de garantía que se aplican en juicios penales³⁸. En Alemania hubo una discusión fuerte y controversial alrededor de un caso reciente en que la policía amenazaba con torturar a un estudiante de derecho, bajo sospecha de haber secuestrado un niño, para inducirle a revelar el paradero del niño³⁹.

B. La exclusión de declaraciones y sus “frutos” en las que se ha omitido informar sobre el derecho a no declarar y el derecho de asistencia de un abogado defensor (problemática de “Miranda”)

Se acepta con pocas excepciones en Europa y América Latina que el interrogador debe informar a la persona sometida a un interrogatorio sobre el derecho a no declarar contra sí mismo así como sobre el derecho a la asistencia de un abogado defensor antes de ser interrogado⁴⁰. En el año 1966, en la famosa decisión de “Miranda v. Arizona”⁴¹, la CSEU exigió estas advertencias sólo cuando la persona interrogada estaba detenida (*in*

36 FRANKFURTER exponía: “El uso de confesiones verbales involuntarias en procesos penales en los estados no solo es constitucionalmente detestable a causa de la falta de fiabilidad. Es inadmisibles según la norma del debido proceso aun cuando la verdad de las declaraciones que contienen puede ser determinada independientemente. Confesiones coaccionadas ofenden el sentido comunal del juego justo y la decencia”. “Rochin v. California”, 342 U. S. 165, 173 (1952). Él siguió reiterando en “Watts v. Indiana”, 338 U. S. 49, 55 (1949): “La norma del debido proceso prohíbe diligencias policiales que violan los conceptos básicos de nuestro modelo acusatorio de procesar delitos penales y anulará una condena basada en los frutos de una tal diligencia. Aplicamos la cláusula del debido proceso a su función histórica de asegurar procedimientos apropiados antes de que se restrinja la libertad o se tome una vida”.

37 Según el juicio de LAFAYE et al., *supra* nota 35, p. 519, los “frutos” de confesiones involuntarias deben ser excluidos. véase “Oregon v. Elstad”, 470 U. S. 298 (1985), indicando que el uso de los “frutos” será prohibido si la declaración era “involuntaria”, en violación del debido proceso.

38 Para una discusión de la tortura y los frutos del árbol envenenado, véase STEPHEN C. THAMAN. *La situación precaria de los derechos humanos en EE. UU. en tiempos normales, y después del 11 de septiembre 2001*, apartado II.j.

39 Véase FLORIAN JESSBERGER. “Bad Torture–Good Torture?”, en 3 *J. Int’l Crim. Justice* 1059-1073 (2005) [<http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/reprint/3/5/1059>]. Para un caso en que permitía el testimonio de un testigo que fue encontrado como resultado de una confesión coaccionada, véase BGHSt 34, 362, 364 (1987), citado en THOMAS WEIGEND. “Germany”, en *Criminal Procedure. A Worldwide Study* 197 (CRAIG M. BRADLEY [ed.], 1999).

40 Para una visión general del derecho comparativo en relación con este tema, véase STEPHEN C. THAMAN. “Miranda in Comparative Perspective”, 45 *St. Louis U. L. J.* 581 (2001).

41 384 U. S. 436 (1966).

custody), explicando que, “sin precauciones apropiadas, el proceso de la interrogación de detenidos presenta presiones contundentes, que socavan la voluntad del individuo de resistir y le coaccionan a hablar, cuando él no lo hubiera hecho libremente”⁴². Interpretando las normas semejantes en Alemania⁴³, las cortes las han extendido a situaciones en que la persona interrogada sea sospechosa de haber cometido un delito, independientemente de que esté detenida o no⁴⁴. Por eso, no es sólo la realidad coactiva de la detención policial la que provoca la necesidad de las admoniciones. La Corte Suprema de Alemania opina:

El principio de que nadie tiene que declarar contra sí mismo en un procedimiento penal, es decir, que todos tienen el derecho de callarse, pertenece a los principios reconocidos del procedimiento penal [...]. Se ha encontrado una expresión positiva en art. 13(3g) PIDCP [...]. El reconocimiento del derecho a callarse refleja el respeto dado a la dignidad humana [...]. Protege el derecho de personalidad del acusado y es un componente necesario de un juicio justo.⁴⁵

Dado que los llamados derechos “Miranda”, interpretados por la Corte Suprema de Alemania, están “diseñados para asegurar la protección del acusado durante el procedimiento” y para proteger la dignidad y el derecho de personalidad del acusado, su violación conduce a la prohibición del uso de las declaraciones obtenidas como consecuencia de ella⁴⁶. Aunque la CSEU claramente explicó en “Miranda”, que la Quinta Enmienda de la Constitución hizo las admoniciones obligatorias⁴⁷, en los años siguientes la CSEU comenzó a negar el estatus constitucional de los avisos exigidos por “Miranda” y, después de haberlos “deconstitucionalizado”, introducía paulatinamente excepciones a la prohibición del uso declarada por la mayoría en “Miranda”⁴⁸. En su opinión en “Michigan v. Tucker”⁴⁹, el magistrado REHNQUIST ha mantenido que los avisos exigidos por “Miranda” son meras “salvaguardas procesales” y “no en sí derechos protegidos por la Constitución sino sólo medidas para asegurar el derecho de no ser obligado de declarar contra sí mismo”. El resultado era que los “frutos” de confesiones obtenidos violando las reglas de “Miranda” son admisibles en el juicio y pueden ser utilizados

42 384 U. S. p. 467. Parece que se exigen los avisos sólo en relación con detenidos en España, también. § 520(1)(a-c) LECR-Spain.

43 §§ 163(1)(4), 136(1) CCP-Alemania.

44 BGHST 38, 214, 218.

45 BGHST 38, pp. 224-225. Traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, supra nota 1, p. 111.

46 BGHST 38, at 218-222.

47 Y también, porque la CSEU no tiene la autoridad para dictar prácticas para los estados si no son de nivel constitucional.

48 Por ejemplo, en “Harris v. New York”, 401 US 222 (1971), la CSEU determinó que declaraciones de un procesado, tomadas como resultado de una violación de las reglas de “Miranda”, serán admisibles para impugnar su declaraciones en el juicio oral.

49 417 U. S. 433 (1974).

para condenar al confesor⁵⁰. En su opinión en “Oregon v. Elstad”⁵¹, la magistrada O’CONNOR permitió el uso de una segunda confesión obtenida cumpliendo con las normas de “Miranda”, que era sin embargo “fruto” de una confesión previa obtenida sin los avisos exigidos. Según su juicio, “la regla de exclusión de *Miranda* tiene una extensión más amplia que la quinta enmienda misma. Se aplica aun cuando no había una violación de la quinta enmienda”⁵².

En el año 2000, en su opinión en “Dickerson v. United States”⁵³, el presidente de la CSEU REHNQUIST rechazó un intento de anular la decisión de “Miranda”, basado en el lenguaje de inconstitucionalidad articulado por él mismo y otros magistrados durante las décadas precedentes. En la opinión, REHNQUIST afirmó la constitucionalidad de las normas de “Miranda” pero no anuló las decisiones previas con el lenguaje contradictorio. Después de que la CSEU declarara en “Dickerson” que las reglas de “Miranda” tenían un nivel constitucional, muchos han pensado que existe una prohibición del uso de los “frutos” de declaraciones obtenidas con su violación. Algunas cortes han mantenido que la decisión de “Tucker” sobrevivió el pronunciamiento “Dickerson” y, por tanto, los frutos no son excluidos después de una violación de las normas de “Miranda”⁵⁴. Otras han excluido pruebas físicas, por ejemplo un arma de fuego, halladas utilizando la información en una declaración obtenida, cuando la violación de las normas de “Miranda” era intencional⁵⁵. Una pluralidad de los magistrados de la CSEU ha finalmente afirmado que el uso de una prueba física (p. ej., un arma de fuego) no está excluido cuando se obtuvo de una violación imprudente de las reglas “Miranda”⁵⁶. Después de “Patane”, algunas cortes en los estados han prohibido el uso de pruebas físicas obtenidas después de una violación de las reglas de “Miranda” sin importar si la violación era intencional o imprudente⁵⁷.

Apoyándose en la jurisprudencia que permitía el uso de pruebas recogidas como “frutos” de una violación de la obligación de informar del derecho de silencio y de la asistencia de un abogado defensor, en muchas partes la policía desarrolló la práctica rutinaria de ignorar advertir a los sospechosos para obtener información que fuera de

50 417 U. S. p. 444. En “Tucker”, la policía conoció a la identidad de un testigo, como resultado de la confesión ilegalmente obtenida.

51 470 US 298 (1985).

52 470 U. S. p. 306. Para que la segunda confesión sea admisible, ambas confesiones deberían haber sido “voluntarias”, es decir, no productos de coacción, engaño, amenazas, etc. *Ibíd.* p. 318.

53 530 U. S. 428 (2000).

54 “State v. Yang”, 608 N. W. 2d 703 (Wis. Ap. 2000); “Taylor v. State”, 553 S. E. 2d 598 (Ga. 2001); “State v. Walton”, 41 S. W. 3d 75 (Tenn. 2001); “United States v. Sterling”, 283 F.3d 216 (4^o Cir. 2002); “United States v. DeSumma”, 272 F.3d 176 (3^{er} Cir., 2001).

55 “United States v. Faulkingham”, 295 F.3d 85 (1^{er} Cir., 2002).

56 “United States v. Patane”, 542 U. S. 630 (2004). Sólo tres de los nueve magistrados han firmado la opinión.

57 “State v. Knapp”, 700 N. W. 2d 899 (Wis. 2005); “Commonwealth v. Martin”, 827 N. E. 2d 198 (Mass. 2005); “State v. Peterson”, 923 A.2d 585 (Vt. 2007)

uso en la investigación. Una técnica era interrogar sin las admoniciones y después de una admisión o confesión avisar al ya confesado de su derecho a guardar silencio y a hablar con un abogado, para legalizar la confesión. La CSEU ha decidido recientemente que esta táctica conduce a la exclusión también de la segunda declaración, no porque sea el “fruto” de la violación antecedente, sino porque el engañado renunció a las protecciones de “Miranda” sin entendimiento suficiente⁵⁸.

Desde el principio, la Corte Suprema de Alemania ha reconocido que los avisos de tipo “Miranda” son de nivel constitucional a causa de su importancia para el acusado frente a la protección de su posición procesal, y ha proclamado la prohibición del uso de declaraciones obtenidas con su violación. Pero todavía no ha extendido la prohibición a los frutos derivados de la violación⁵⁹. Según el § 11.1 LOPJ-España, la prohibición de uso se extiende claramente a las pruebas “indirectamente” relacionadas con una violación de la obligación de avisar sobre el derecho de silencio, y de tener la asistencia de un abogado, si las cortes determinan que estos derechos son “fundamentales”⁶⁰.

El CPP-Italia parece otorgar la más amplia protección para el sospechoso-acusado en situaciones de interrogación. Incluso las admisiones –confesiones– espontáneas de los sospechosos en sus encuentros con los órganos de la policía o la fiscalía no pueden ser utilizadas, a pesar de que no existe una interrogación formal⁶¹. Los sospechosos deben ser informados sobre su derecho a guardar silencio y de que todo lo que declararen puede ser utilizado en su contra, así como de que no se pueden admitir sus declaraciones si faltan los avisos⁶². Sin embargo, se autoriza a la policía a obtener “información sumaria” de sospechosos aun después de una detención en flagrancia. Aunque se exige

58 “Missouri v. Seibert”, 542 U. S. 600 (2004).

59 THEODOR KLEINKNECHT et al. *Strafprozeßordnung [Procedimiento penal]* 469 (nota 20b) (43.ª ed., 1997).

60 Sin embargo, hay algunos que mantienen que los frutos de violaciones de las normas de “Miranda” serían admisibles si no fueren las únicas pruebas de culpabilidad. VICENTE GIMENO SENDRA et al. *Derecho procesal penal* 507 (1996).

61 §§ 63, 350(7) CPP-Italia. En Alemania, admisiones espontáneas pueden ser utilizadas aun cuando los declarantes no han sido avisado de sus derechos, BGH NJW 1990, 461, y las cortes permiten a la policía tomar largas entrevistas “informales” con sospechosos antes de informarles sobre sus derechos, y admiten como prueba la información obtenida durante tales entrevistas. BGH NBSTZ 1983, 86. Esta práctica se llama la “interrogación informativa”. WEIGEND. “Germany”, *supra* nota 39, pp. 200-201. véase también RAIMUND BAUMANN y HARALD BRENNER. *Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, 79 (1991).

62 § 64 CPP-Italia. Aunque la falta de avisar sobre el derecho de silencio no constituyera una nulidad según la opinión de algunas cortes, C. Cass. VI, 11.12.91, hay voces en la literatura que mantienen que sí constituiría una nulidad de orden general que exige la exclusión. MARILENA COLAMUSSI. “Interrogatorio dell’imputato ed omesso avvertimento della facoltà di non rispondere”, en *Percorsi di Procedura Penale. Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito* 19 (VINCENZO PERCHINUNNO [ed.], 1996). La denegación del derecho a un abogado defensor, sin embargo, constituyera una nulidad de orden general con resultado de exclusión. COLAMUSSI, en *Percorsi di Procedura Penale*, *supra*, p. 37. Pero la violación de § 64 CPP-Italia no resulta en una prohibición de utilizar los “frutos” de la declara-

normalmente la asistencia obligatoria de un abogado defensor⁶³, el § 350(5-6) CPP-Italia permite que la policía obtenga “información y consejos” de parte de sospechosos en ausencia del abogado defensor, aunque se prohíbe que hagan “cualquier nota o uso de la información o del consejo en ausencia del abogado defensor”. Los “consejos e informaciones” pueden ser utilizados de un modo que no perjudique al declarante, por ejemplo, contra terceros⁶⁴, o como base probatoria para justificar un registro o un mandato de prisión provisional⁶⁵. La información que es “fruto” de una declaración, por lo demás no utilizable, puede ser explotada para desarrollar pistas en la instrucción, pues no hay ninguna restricción en cuanto al uso de pruebas obtenidas explotando las nuevas pistas⁶⁶. Como en los Estados Unidos, sin embargo, una declaración obtenida en violación de las normas comentadas puede ser utilizada para impugnar el testimonio del acusado en el juicio oral⁶⁷.

El derecho de silencio no es hoy lo que era antes en Inglaterra y Gales, pues el silencio puede ser utilizado como prueba de cargo durante el juicio oral⁶⁸. Sin embargo, las cortes de Inglaterra y Gales declaran la inadmisibilidad a veces de confesiones, cuando se presenta una denegación del derecho de la asistencia de un abogado defensor antes de ser interrogado, protegido por el § 58 PACE-Inglaterra. Por ejemplo, la Corte de Apelación de Inglaterra declaró inadmisibles una confesión obtenida sin quebrantamiento de las normas, cuando es fruto de una confesión previa obtenida en violación del § 58 PACE-Inglaterra⁶⁹. En Canadá también existe la obligación de informar a los sospe-

ción prohibida. véase ELIZABETH M. T. DI PALMA. “Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all’articolo 191 c. p. p.”, en *Percorsi di Procedura Penale*, *supra*, p. 115.

- 63 § 350(2-3) CPP-Italia. Aún antes de la entrada en vigor del CPP-Italia de 1988, las cortes han interpretado el viejo CPP del año 1930 para prohibir el uso de cualquier declaración obtenida en ausencia de un abogado defensor. CRAIG M. BRADLEY. “The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rule”, 14 *Mich. J. Int’l L.* 171, 218-219 (1993).
- 64 GIOVANNI CONSO y VITTORIO GREVI. *Commentario Breve al Nuovo Codice di Procedura Penale*, 143, 387 (4.ª ed. 2002).
- 65 *Ibid.*, 390.
- 66 *Ibid.*, 400. Según un comentarista, “El legislador quería proteger al declarante contra la autoincriminación, sin que hiciera completamente inútil las declaraciones previamente hechas”. PAOLO DI GERONIMO. “Quale regime probatorio per le dichiarazioni rese successivamente alla mancata interruzione ex artículo 63 comma 1 c. p. p.?” , *Cassazione Penale*, 2001, n.º 5, n.º 747, 1543, p. 1545.
- 67 §§ 350(7), 503(3) CPP-Italia. RACHEL VANCELEAVE. “Italia”, en *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, *supra* nota 39, p. 264.
- 68 Los avisos son ahora los siguientes: “Ud. no tiene que decir nada. Pero puede dañar su defensa si no menciona, cuando sea interrogado, algo con que cuente más tarde en el juicio”. § 10.4 Code of Practice C. PACE-Inglaterra, véase THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, p. 90. La CEDH ha declarado que una regla semejante de Irlanda de Norte no violará el derecho de silencio en “Murray v. United Kingdom”, 22 EHRR 29 (1996), en un juicio ante un juez técnico, pero ha proclamado una violación en otro caso en el juicio del jurado en Inglaterra y Gales. “Condron v. United Kingdom”, 31 EHRR 1 (2001). THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 171-177.
- 69 R. V. MCGOVERN, [1991] *Crim. L. R.* 124, 124-125, reimpresso en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 121-122. BRADLEY. “Mapp Goes Abroad”, *supra* nota 23, p. 386.

chosos de sus derechos a guardar silencio y a contar con la asistencia de un abogado defensor, como en los Estados Unidos⁷⁰. Las cortes canadienses han también excluido los “frutos” de confesiones obtenidos con quebrantamiento del derecho a la asistencia de un abogado defensor⁷¹. Aunque se reconoce la necesidad de los avisos del tipo “Miranda” en Australia, el quebrantamiento de la norma no conduce necesariamente, ni siquiera, a la exclusión de la declaración⁷².

Si la policía actúa de mala fe, se deberá excluir todos los frutos de la declaración ilegalmente obtenida, a pesar de la importancia del caso; si no, no habrá nada para disuadir frente a las protecciones constitucionales de la ciudadanía. Pero los policías raramente admiten que han violado las normas intencionalmente y también pocas veces el juez rechaza el testimonio de un policía en el que éste declara haber obrado de modo imprudente⁷³.

La solución más adecuada para prevenir el quebrantamiento de derechos importantes de los ciudadanos durante la interrogación sería establecer una regla de inadmisibilidad *per se* para toda confesión obtenida sin advertencia sobre el derecho de silencio y en ausencia del abogado defensor y sus frutos⁷⁴. En este sentido, la confesión debería ser una diligencia sólo de defensa⁷⁵, y, cuando resulte oportuno para la defensa, negociada como una declaración de culpabilidad o conformidad con la asistencia del abogado defensor⁷⁶.

70 Informantes, sin embargo, no pueden bajo su encubrimiento interrogar a los sospechosos como en Estados Unidos. “The Queen v. Herbert”, 77 C. R. (3d) 145. véase “Illinois v. Perkins”, 496 U. S. 292 (1990). BRADLEY. “Mapp Goes Abroad”, *supra* nota 23, p. 384. En cambio, la policía puede volver a interrogar a un sospechoso, aunque ha expresado su deseo de hablar con un abogado, una práctica que se acepta en Alemania (ibíd., BGHST 42, 170, 171, 173-174, véase traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 87-88), pero se rechaza en EE. UU.: “Edwards v. Arizona”, 451 U. S. 477 (1981).

71 BRADLEY. “Mapp Goes Abroad”, *supra* nota 23, p. 383.

72 Ibíd., p. 381.

73 Sobre el problema del falso testimonio de la policía en las audiencias para determinar la admisibilidad de la prueba y la reticencia de los jueces a rechazar llanas mentiras, véase: CHRISTOPHER SLOBOGIN. “Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule”, 1999 *U. Ill. L. Rev.* 363, 388; DONALD DRIPPS. “The Case for the Contingent Exclusionary Rule”, 38 *Am. Crim. L. Rev.* 1, 20-22 (2001).

74 Progresista en este sentido es la norma del § 75(2)(1) CPP-Rusia, que declara la inadmisibilidad de cada confesión obtenida en ausencia del abogado, aun cuando el interrogado haya renunciado a su derecho a la asistencia de un abogado, si el acusado retira la confesión durante el juicio oral. Una tal regla es muy importante en un país con una historia del uso de tortura (HUMAN RIGHTS WATCH. *Confessions at any Cost. Police Torture in Russia*, 1999), pero también en países como Estados Unidos donde la atmósfera coactiva de la detención también induce a la renuncia de importantes derechos.

75 Como teóricamente en Italia, § 65(2) CPP-Italia; véase THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, p. 103, y España, sentencia del Tribunal Supremo de España, del 30 abril de 2008, 193/2008 (ponente: PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ).

76 Véase STEPHEN C. THAMAN. “Gerechtigkeit und Verfahrensvielfalt”, en *Recht, Gesellschaft, Kommunikation. Festschrift für Klaus F. Röhl* 313-114 (STEFAN MACHURA y STEFAN ULBRICH [eds.], 2003).

IV. LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS OBTENIDAS EN VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS QUE PROTEGEN LA PRIVACIDAD

A. La protección constitucional de la privacidad del domicilio y de la correspondencia

La inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas se encuentra entre los derechos más importantes de los ciudadanos en los países democráticos. Su protección se encuentra en todas las convenciones de derechos humanos⁷⁷. La gran mayoría de constituciones democráticas no sólo proclama el derecho de privacidad en general, sino que además exige explícitamente autorización judicial para un registro de un domicilio⁷⁸ y para la confiscación de cosas en su interior, así como para la intervención y grabación de comunicaciones íntimas por teléfono o por medios electrónicos⁷⁹. Además, hay normas codificadas para implementar las garantías constitucionales en cuanto a los registros y confiscaciones⁸⁰, intervenciones y grabaciones de comunicaciones íntimas⁸¹, y también en cuanto a la confiscación y lectura de escritos privados⁸². La inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones íntimas puede ser, naturalmente, “violada”⁸³ en la investigación de delitos criminales si es “necesario en una sociedad democrática para defender el orden, prevenir hechos delictivos, etc.”⁸⁴. Constituciones democráticas normalmente exigen que un juez decida si la “necesidad” existe o no, y sin autorización judicial un registro de un domicilio será *prima facie* ilegal⁸⁵. La influencia de la Corte

77 Artículo 8.º, CEDH, artículo 17, PIDCP; artículo 12(1) DUDH; artículo 11, CADH.

78 Colombia (artículo 28); Georgia (artículo 18 Const.); Alemania (artículo 13[1,2] Const.); Italia (artículo 14 Const.); Lituania (artículo 21 Const.); Rusia (artículo 25 Const.); España (artículo 18[2] Const.); Ucrania (artículo 30 Const.) Estados Unidos (Constitución, IV Amend.). véase *Constitutions of the Countries of the World* (ALBERT P. BLAUSTEIN y GIBERT H. FLANZ [eds.]).

79 Colombia (artículo 15 par. 3); Georgia (artículo 20 Const.); Lituania (artículo 22 Const.); Rusia (artículo 23 Const.); España (artículo 18.3 Const.); Ucrania (artículo 31 Const.); Constitución de los Estados Unidos, IV Amend., como interpretado en “Katz v. United States”, 389 U. S. 347 (1967).

80 Véase p. e.: § 8 PACE-Inglaterra; §§ 98, 105 CPP-Alemania; §§ 244, 247, 253 CPP-Italia; § 168 CPP-Letonia; §§12, 177(5), 182(3) CPP-Rusia; §§ 546, 550 CPP-España.

81 Véase p. e.: § 100 CPP-Francia; § 100b(2) CPP-Alemania; § 267(1-3) CPP-Italia; § 136 CPP-Letonia; §§ 13, 185, 186 CPP-Rusia; § 579 CCP-España; 18 USC § 2510 ff.

82 Véase: Alemania § 97 CPP; § 573 CPP-España.

83 En cuanto a la “violabilidad” de los derechos llamados “inviolables”, ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS. “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Tribunales de Justicia*, n.ºs 8-9, agosto-septiembre de 2003, 1, p. 5.

84 P. e. artículo 8(2) CEDH.

85 Aunque el CEDH no exige explícitamente la autorización judicial, su jurisprudencia hoy en día lo obliga. En tres casos sobre registros llevados a cabo por agentes franceses de aduanas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado una violación del artículo 8.º que protege *inter alia* la intimidad del domicilio, a causa de la falta de autorización judicial. “Funke v. France”, 16 EHRR 297, 329 (1993); “Miaillhe v. France”, 16 EHRR 332, 354 (1993) y “Cremieux v. France”, 16 EHRR 357, 376 (1993). En otro caso, sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos no determinó una violación cuando un funcionario del servicio de telecomunicaciones de Suiza había registrado un domicilio para buscar

Europea de Derechos Humanos ha sido especialmente fuerte en la regulación de la intervención en comunicaciones privadas. En una serie de decisiones, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido violaciones del artículo 8.º CEDH y empujado a los países para que conformen su legislación con las normas pronunciadas, aun cuando la jurisprudencia nacional haya corregido muchas de las insuficiencias de la legislación⁸⁶. Sin embargo, parece que el Reino Unido continúa permitiendo a los funcionarios de la policía realizar escuchas sin autorización judicial, lo que ha desencadenado una serie de condenas de parte de la Corte Europea de Derechos Humanos⁸⁷.

Sin embargo, se reconoce una excepción universal a la exigencia de autorización previa de un juez o magistrado en caso de circunstancias urgentes que no permiten retraso⁸⁸.

B. El requisito de “causa probable”

Para registrar un domicilio con el propósito obtener pruebas de la comisión de un delito debe existir necesidad, es decir, el funcionario que pide autorización debe articular una sospecha circunstanciada de qué objetos particularmente descritos o sospechosos relacionados con un delito determinado se encontrarán en un lugar determinado. En algunos códigos se exige un nivel de sospecha bastante alto en cuanto a que “un delito fue cometido y qué pruebas relacionadas con el delito” pueden ser halladas en un

un teléfono no registrado con autorización de un funcionario y no de un juez. Pero la Corte Europea de Derechos Humanos ha impuesto restricciones rigurosas a tales “registros administrativos”. “Camenzind v. Switzerland”, 28 EHRR 458, 475-476 (1999). La cuarta enmienda en Estados Unidos también permite “registros administrativos” por autorización de mandatos de funcionarios administrativos, pero sólo para implementar programas que no tienen relación con investigaciones penales. “Camara v. Municipal Court”, 387 US 523 (1967). En cuanto a las escuchas de comunicaciones privadas, la Corte Europea de Derechos Humanos exige, normalmente, autorización judicial, aunque ha aceptado una vieja ley en Alemania que exigía autorización de una comisión parlamentaria. “Klass v. Germany”, 2 EHRR 214, 235 (1978). La extensión del poder de autorizar escuchas de parte de funcionarios ejecutivos por la Ley Patriota en Estados Unidos socava fundamentalmente la exigencia de autorización judicial exigida por la Cuarta Enmienda. Véase THAMAN. *La situación precaria*, *supra* nota 38, II.b.

86 Véase “Kruslin v. France”, 12 EHRR 547 (1990), que conducía a la promulgación de § 100 CPP-Francia. La ley española tampoco tiene bastantes protecciones para cumplir con las exigencias del artículo 8.º CEDH. “Valenzuela Contreras v. Spain”, 28 EHRR 43 (1998).

87 Véase nota 13, *supra*.

88 Artículo 13(2) Const. Alemania reconoce una excepción para “peligro en retraso”, artículo 18(2) Const. España para “delitos flagrantes”. La CSEU permite la entrada en un domicilio sin autorización judicial para detener a un reo que escapa en flagrante en su domicilio. “La cuarta enmienda no requiere que las policías demoren en perseguir una investigación si pusiera en peligro sus vidas o las vidas de otros”. “Warden v. Hayden”, 387 U. S. 294 (1967). La entrada en un domicilio sin autorización judicial para hacer un registro tampoco se permite para investigar faltas o delitos de poca gravedad. “Welsh v. Wisconsin”, 466 U. S. 740 (1984). El presidente de los Estados Unidos puede autorizar escuchas en casos que amenazan la seguridad nacional del país 18 U. S. C. § 2511(3) y hay una excepción de urgencia en cuanto a escuchas de presuntos terroristas o agentes extranjeros. THAMAN. *La situación precaria*, *supra* nota 38, II.b.

lugar determinado. Un ejemplo es el uso del término “causa probable” en los Estados Unidos⁸⁹. En cambio, las normas en España y Alemania son bastante vagas, y parecen ser satisfechas con cualquier sospecha, para registrar un domicilio. A veces, los requisitos para conseguir un mandato para intervenir comunicaciones privadas son más estrictos que para registrar un espacio privado. En Italia, por ejemplo, se exige “indicios graves”⁹⁰ de la comisión de un delito grave y la medida debe ser “absolutamente indispensable” para la investigación⁹¹.

La existencia de una cantidad importante de sospecha y la protección adicional de una verificación de la sospecha por un juez imparcial⁹² son prerequisites indispensables para demostrar la “necesidad” de infringir los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el registro de un domicilio o la intervención en comunicaciones privadas. En países en que la cantidad de sospecha no es suficientemente articulada, el control judicial es más importante⁹³. El juez no sólo debe exigir más que una mera sospecha: debe, además, conocer bastantes detalles por parte de los funcionarios de la policía o de la fiscalía para poder describir adecuadamente las cosas por confiscar y los lugares por registrar, y deberá motivar por qué la información constituye una “sospecha fuerte” de que las cosas estarán en los lugares determinados. Por eso, aun cuando un juez autorice un mandato de registro, si, retrospectivamente, otro juez decide que las pruebas eran

89 Constitución de los Estados Unidos, IV Amend. Según la jurisprudencia, significa una “probabilidad bastante” (*fair probability*) de que se haya cometido un delito y de que pruebas, frutos, herramientas del delito puedan ser hallados en un determinado lugar. “Illinois v. Gates”, 462 U. S. 213 (1983). En Inglaterra se exige “bases razonables” (*reasonable grounds*). § 8 PACE-Inglaterra y según § 247(1) CPP-Italia, *fondato motivo*.

90 § 267(1) CPP-Italia. Aunque la CSEU había una vez indicado que exigiría una especie de “causa probable” más estricta para escuchas que para registros (“Berger v. New York”, 388 U. S. 41 [1967]), las cortes ahora aplican el mismo estándar. LAFAVE et al., *supra* nota 35, pp. 265-266.

91 § 267(1) CPP-Italia. En Alemania, “hechos determinados deben justificar la sospecha” de que el acusado haya cometido uno de ciertos delitos graves y que “la investigación del caso o determinación del paradero del acusado sería sin éxito o dificultado de modo importante utilizando otras medidas” § 100a StPO-Alemania. La ley de escuchas en Estados Unidos exige una afirmación, “si otras medidas investigativas hayan sido utilizadas y no tenían éxito, o porque no tendrían una posibilidad de éxito o son demasiado peligrosos” 18 U. S. C. § 2518(l)(c),(e). Esta protección no se exige en relación con una orden de registro.

92 Hay problemas serios cuando el juez instructor, en países como España y Francia, también tiene competencia para autorizar registros y escuchas, porque hay dudas respecto de si el investigador será suficientemente imparcial para evaluar neutralmente sus propias hipótesis de culpabilidad.

93 Según el § 102 CPP-Alemania, una orden de registrar un domicilio puede ser emitida “cuando hay sospecha, que el registro va a hallar pruebas”. Para autorizar un registro en España, el juez instructor necesita sólo “indicaciones de que el acusado, una cosa, o herramienta de un delito, o libros, papeles u otros objetos que podrían demostrar su existencia” se encuentran en un determinado lugar (§ 545 LECR-España). En cuanto a la ausencia de un estándar de “causa probable” en Alemania, véase WEIGEND, *supra* nota 39, p. 193. El CPP-Francia señala: “Registros se efectúan en todos los lugares donde se puede encontrar objetos que pueden ser útiles en la búsqueda de la verdad”. El juez instructor ni debe articular una cantidad de sospecha, ni describir detalladamente los lugares por registrar o las cosas por confiscar. RICHARD S. FRASE. “France”, en *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, *supra* nota 39, p. 153.

insuficientes para constituir “causa probable”, nos hallaremos ante una violación del derecho constitucional. Aun cuando la cantidad de sospecha exigida es relativamente baja o ausente, la obligación de obtener una orden judicial continúa siendo importante para mostrar, *ex ante*, que existe alguna prueba de culpabilidad, alguna articulación por los funcionarios para asegurar que un registro no trate de justificarse retroactivamente en la prueba descubierta durante éste⁹⁴.

C. La excepción de urgencia

Para garantizar adecuadamente la protección constitucional de la privacidad, las cortes deberían interpretar de modo restrictivo la excepción de orden judicial para situaciones urgentes, para que los funcionarios de la policía o fiscalía no hagan de la excepción la regla, como ocurrió en Alemania. Aunque todo el mundo sabía que la policía alemana casi nunca obtenía órdenes de registro⁹⁵ y siempre justificaba sus registros alegando “peligro en retraso” (*Gefahr im Verzug*), sin la necesidad de explicar por qué existía este peligro, las cortes guiñaron el ojo a este engaño, sosteniendo que el juez de primer instancia tenía una amplia discreción que no podía impugnarse por vía de casación⁹⁶.

La Corte Constitucional de Alemania finalmente advirtió esta situación escandalosa en el año 2001 e intentó fortalecer la protección de la privacidad limitando la excepción de “peligro en retraso” a casos de verdadera urgencia⁹⁷. Yo pienso que la excepción de urgencia debería ser limitada a dos tipos de situaciones: el verdadero delito de flagrancia y la verdadera situación de emergencia, cuando hay peligro para la vida o la salud. La excepción para flagrancia se aplicaría a casos de persecución de delincuentes inmediatamente después de la comisión del delito o, por ejemplo, para detener a un traficante de drogas que se ha refugiado en su domicilio para destruir su mercancía ilegal u otras pruebas. Si la sospecha se desarrolla como resultado de una investigación, entonces en principio los funcionarios deben conseguir una orden de registro. La policía no debería “crear” la urgencia anunciando su presencia para desencadenar una situación, por ejemplo, de destrucción de pruebas, si había la posibilidad antes de conseguir la

94 ANDREAS RANSIEK, “Durchsuchung, Beschlagnahme und Verwertungsverbot”, *Der Strafverteidiger*, vol. 10 (2002), 565, p. 569. En este sentido, la norma en el § 14 CPP-Colombia me parece insuficiente, porque autoriza al fiscal general a autorizar a su vez registros aun sin urgencia, pero con la obligación de justificarse ante un juez dentro de 36 horas.

95 BVerfGE 103, 142, p. 152. WEIGEND, *supra* nota 39, pp. 194-195, estimó que sólo 10% de los registros en Alemania eran autorizados por un juez.

96 RANSIEK, *supra* nota 92, p. 566.

97 BVerfGE 103, 142 (20 de febrero de 2001).

autorización judicial⁹⁸. En situaciones de verdadero peligro para la vida o la salud, es decir, de verdadera urgencia, la policía no debe perder tiempo buscando un juez⁹⁹.

Hay que esperar que la decisión de la Corte Constitucional en Alemania cambie la situación. Antes de esta decisión, los jueces se negaban a trabajar por la noche, dando a la policía y la fiscalía una situación artificial de urgencia. La decisión de la Corte subrayó esta situación intolerable y actualmente la situación está cambiando¹⁰⁰.

D. Reglas absolutas de exclusión para violaciones del derecho constitucional de privacidad

Este análisis de las reglas de exclusión presume una de dos situaciones: 1. la falta de autorización judicial para el registro o escucha, o falta de urgencia; o 2. que había autorización pero faltaba “causa probable” o sospecha insuficiente. Ambas situaciones deberían ser suficientes para prohibir el uso de las pruebas obtenidas por lo menos en los países en que hay reglas absolutas de exclusión cuando se trata del quebrantamiento de derechos fundamentales¹⁰¹. Pero en los párrafos siguientes vamos a discutir las excepciones a estas reglas “absolutas” de exclusión.

E. Teorías que rechazan la exclusión como consecuencia de una entrada ilegal en el domicilio

1. La incautación no es un “fruto” del registro ilegal

En Italia y Alemania existe una doctrina más o menos firme, según la cual la incautación, por ejemplo, de drogas después de un registro, aun sin causa probable o resolución

98 En Estados Unidos hay decisiones que condenan la creación de la urgencia: “United States v. Timberlake”, 896 F.2d 592 (D. C. Cir. 1990); “Dunnuck v. State”, 786 A.2d 695 (Md. 2001), pero también otras que la permiten: “United States v. MacDonald”, 916 F.2d 766 (2d Cir. 1990); “People v. Hull”, 41 Cal. Rptr.2d 99 (Cal. App. 1995); “United States v. Cephas”, 254 F.3d 488 (4° Cir., 2001).

99 La CSEU permite la entrada sin orden de registro cuando hay un base razonable (estándar menos exigente que “causa probable”) de que hay peligro para la vida o la salud, aunque si la policía sabe que hay una posibilidad de que había una comisión de delito. “Brigham City, Utah, v. Stuart” 547U. S. 398 (2006).

100 Véase STEPHAN BEICHEL y JÖRG KIENINGER. “Gefahr im Verzug’ auf Grund Selstaussschaltung des erreichbaren, jedoch ,unwilligen’ Bereitschaftsrichters?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSrZ), 2003/1, pp. 10-13.

101 Es decir, en España, Italia y Rusia, entre otros. La ley de escuchas en Estados Unidos tiene una regla de exclusión codificada, 18 U. S. C. §§ 2515, 2518(10(a)). Aunque el lenguaje de esta norma parece dar más protección que la regla pronunciada para la CSEU para violaciones normales de la Cuarta Enmienda, las cortes se inclinan a interpretar ambas normas de modo idéntico. LAFAYE et al., *supra* nota 35, pp. 287-290.

judicial, no es, para utilizar la expresión del magistrado de la CSEU FELIX FRANKFURTER, “fruto del árbol envenenado”¹⁰².

Las cortes italianas argumentan que el § 253(1) CPP-Italia obliga a los funcionarios judiciales y policiales a incautar el *corpus delicti* del delito, es decir, sus frutos y herramientas, motivo por el cual la incautación es *legal*, y, como consecuencia, no puede ser contaminada por un registro ilegal antecedente, sin importar si se dio sin autorización judicial o sin sospecha suficiente¹⁰³. La doctrina mayoritaria en las cortes italianas afirma que los registros y las incautaciones tienen prerequisites y funciones diferentes y no pueden ser tratados de igual modo, pues sólo hay una convergencia temporal en la realidad¹⁰⁴. Aunque el § 191 CPP-Italia parece muy claro en cuanto a la exclusión de cualquier prueba recogida con violación de “prohibiciones establecidas por la ley”, las cortes interpretan su lenguaje en modo hipertécnico para socavar el intento del legislador, diciendo que “la no utilizabilidad” sólo aplica en relación con pruebas recogidas en violación de “una prohibición explícita o implícita” y no cuando se contraviene “una mera formalidad en su consecución”¹⁰⁵. Entonces, las cortes ignoran el lenguaje del código, en el que se señala que una “nulidad” afectará la validez de la prueba incautada como resultado¹⁰⁶, manteniendo que no se aplica a la “utilización”¹⁰⁷.

En la doctrina alemana tampoco se ve una conexión inexorable entre un registro ilegal y la incautación de pruebas, aun cuando el registro se practique explícitamente para incautar la misma prueba¹⁰⁸. En Alemania, habrá exclusión si hay una prohibición del uso del objeto incautado independiente de la legalidad del registro¹⁰⁹. Al fin, es una tontería legalista, si no sofista, mantener que la incautación de la cosa que fue el objeto

102 “Nardone v. United States”, 308 US 338 (1939).

103 Cass. (3.27.96), Giust. Penale 1997, 138, pp.140, 144-145, traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 122-124.

104 Dec. 4.24.91, Cass. pen. 1879 (1992), citado en CONSO y GREVI, *supra* nota 64, p. 550. Según esta decisión, la ilegalidad de la entrada debe ser el objeto de sanciones penales o disciplinarias.

105 CONSO y GREVI, *supra* nota 64, p. 392

106 § 185(1) CPP-Italia. En cambio, la semejante norma francesa, § 206 CPP-France, ha conducido a veces a la exclusión de “frutos”, por ejemplo, una confesión que fue fruto de un registro ilegal. PRADEL, *supra* nota 17, p. 605.

107 CONSO y GREVI, *supra* nota 64, p. 399.

108 La Corte Constitucional alemana también hizo claro que una prohibición del uso no será el resultado “normal” de un registro inconstitucional. BVerfG NJW 1999, 273, 274. BVerfG NSTZ 2000, 488, 499; StV 2000, 233, 234. También la Corte Suprema alemana afirmó en el año 1989 que errores relacionados con el registro no conducen a una exclusión de la prueba obtenida. BGH NSTZ 1989, 375, 376. Su tesis: “cuando no hubieran sido obstáculos para conseguir una orden de registro y las cosas incautadas eran legalmente accesible como pruebas”, pues, no habrá exclusión. Citado en RANSIEK, *supra* nota 92, p. 566.

109 BGH 18, 227, citado en KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GOSSNER. *Strafprozessordnung* 287 (47^a ed. 1997); BAUMANN y BRENNER, *supra* nota 61, pp.120-122; CRAIG M. BRADLEY. “The Exclusionary Rule in Germany”, 96 *Harv. L. Rev.* 1031, pp. 1040-1041 (1983).

de un registro ilegal no es fruto directo de la ilegalidad antecedente. Es un ejemplo de cómo las cortes más altas de países democráticos ignoran el sentido llano de la ley para alcanzar sus fines, a menudo, la condena de un culpable, la búsqueda de la verdad a toda costa, un fin que ya no debe ser el objetivo del procedimiento penal moderno. Está claro, al mismo tiempo, que la protección constitucional de la privacidad en el domicilio o en las comunicaciones privadas es simultáneamente una prohibición del poder del Estado de incautar pruebas o recoger informaciones en estos espacios¹¹⁰.

2. *Doctrinas de descubrimiento inevitable*

Aun cuando una corte no “sopesara” el quebrantamiento de un derecho fundamental contra un deseo de buscar la verdad, casi todas las cortes aceptan el argumento de que la prueba habría sido encontrada a pesar de la violación cometida. En Estados Unidos esta doctrina tiene dos manifestaciones. Primero, las cortes admiten la prueba si fue últimamente incautada mediante una diligencia legal¹¹¹. Las cortes también admiten pruebas incautadas ilegalmente si éstas hubieran sido descubiertas legalmente en el futuro por una diligencia legal independiente de la ilegalidad previa¹¹². A pesar de la entonación absoluta de la regla de exclusión española, las altas cortes de ese país reconocieron ambas excepciones ya en los años noventa¹¹³. La doctrina del “descubrimiento inevitable”, sin embargo, puede ofrecer una gran laguna jurídica en las protecciones constitucionales si se le interpreta de modo demasiado amplio. Algunas cortes de Estados Unidos la han reconocido en casos en que la policía estaba en curso de obtener un orden de registro, que un magistrado hubiera emitido, cuando entraron alegando una urgencia insuficiente¹¹⁴. Sin embargo, la extensión más peligrosa de esta excepción es la de una “fuente independiente hipotética”, que se presenta cuando la corte admite las pruebas porque mediaba “causa probable” y la policía hubiera conseguido una orden de registro válida y, por consiguiente, hubieren descubierto las pruebas legalmente

110 RANSIEK, *supra* nota 92, p. 568. Por lo menos una sala de la Corte Suprema de Italia ha rechazado la doctrina mayoritaria y reconoce una relación funcional entre el registro y la incautación. Dec. del 13 marzo de 1992 (Cass. Pen. 393, 1993), y decisiones del 12 de octubre de 1990, 28 febrero de 1994 y 12 de mayo de 1994, citado en CONSO y GREVI, *supra* nota 64, p. 550.

111 La doctrina de *independent source* (fuente independiente) se aplica cuando hayan sido dos registros, un ilegal y otro legal, pero desconectado con el registro ilegal. Por ejemplo, se aplica cuando la policía descubre la existencia de contrabando ilegalmente, pero lo incauta con una orden de registro legalmente obtenida utilizando información obtenida legalmente independiente de la ilegalidad. “Segura v. United States”, 468 U. S. 796 (1984); “Murray v. United States”, 487 US 533 (1988).

112 La doctrina de “descubrimiento inevitable” se aplica cuando sólo había un registro o incautación, pero existía una “fuente independiente” hipotética que no fuera ilegal. “Nix v. Williams”, 467 U. S. 431 (1984).

113 Véase decisión de la Corte Suprema española del 5 de junio de 1995, RJ 1995 n.º 4538, 6058, at 6060, traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 118-119. Véase también las sentencias 85/1994 y 81/1998 del Tribunal Constitucional de España.

114 “United States v. Cabassa”, 62 F.3d 470 (2d Cir. 1995); “United States v. Whitehorn”, 829 F.2d 1225 (2.º Cir. 1987); “United States v. Curtis”, 931 F.2d 1011 (4.º Cir., 1991).

después¹¹⁵. Las cortes en Alemania, sin embargo, han aceptado tal argumento para negar una prohibición en situaciones semejantes¹¹⁶.

La hiperextensión de la doctrina del “descubrimiento inevitable” y los intentos sofisticados de separar el registro de su fin, la incautación, revelan una aversión innata entre jueces técnicos en cuanto a reglas del derecho que socavan la búsqueda de la verdad, aun cuando las pruebas necesarias para acercarse a la verdad fueron obtenidas violando derechos importantes del orden legal¹¹⁷.

3. *Análisis que hace el balance de varios factores (“balancing tests”)*

Si hay una violación de una norma de la ley que no tenga nivel constitucional durante un registro, y la ley misma no exige exclusión, entonces la mayoría de las cortes no reconoce una prohibición del uso de la prueba así obtenida. Pero una vez que se reconozca una violación constitucional (como un registro sin autorización judicial o sin “causa probable”), los partidarios de una fuerte regla de exclusión mantienen que la Constitución ya equilibró los factores y, por ende, la exclusión es obligatoria¹¹⁸. Pero en algunos países la doctrina permite al juez utilizar su discreción aun en casos en que había un registro llanamente inconstitucional¹¹⁹.

En los Estados Unidos las cortes normalmente pueden sopesar factores sólo cuando el funcionario que ejecuta el registro domiciliario consiguió autorización judicial. Si el funcionario opinaba “de buena fe” que mediaba causa probable cuando solicitó la orden de registro, entonces la prueba será admitida a pesar del error del magistrado que emitió la orden¹²⁰. Efectivamente, la “buena fe” del funcionario es normalmente un

115 Aunque las cortes en Estados Unidos a veces reconocen la excepción en situaciones semejantes, véase “United States v. Buchanan”, 910 F.2d 1571 (7.º Cir., 1990); la doctrina imperante mantiene que reconocer la excepción en estos casos constituye una anulación de la necesidad de una orden de registro. “United States v. Johnson”, 22 F.3d 674 (6.º Cir., 1994); “United States v. Echegoyen”, 799 F.2d 1271 (9.º Cir., 1986); “State v. Handtmann”, 437 N. W. 2d 830 (N. D. 1989); “United States v. Brown”, 64 F.3d 1083 (7.º Cir., 1995).

116 Véase RANSIEK, *supra* nota 92, p. 566.

117 Es una ironía que en países que han abolido el tribunal del jurado, porque temen que los jueces populares puedan ignorar el derecho para absolver, se permita a los tribunales más altos ignorar la ley para alcanzar lo que ellos piensen que es un fin más importante: la verdad y una condena a toda costa. La diferencia, sin embargo, es que lo que hacen los altos tribunales se convierte en la ley absoluta.

118 RANSIEK, *supra* nota 115, at 569.

119 Entre tales pruebas están la llamada “justicia del proceso”, prueba de sopesar por el § 78 PACE-Inglatera, y la prueba desarrollada en Nueva Zelanda por decisión judicial en el 2002. *Supra* p. 37.

120 “United States v. Leon”, 468 U. S. 897 (1984). Se justifica esta excepción en Estados Unidos porque la CSEU mantiene que la exclusión de pruebas por lo demás pertinentes es necesaria sólo si desanima a la policía a violar las garantías constitucionales en el futuro, pues un funcionario que actúa de “buena fe” no puede ser disuadido en este sentido. Se critica que esta regla premia un defectuoso entrenamiento de los cuerpos policiales. MAHONEY, *supra* nota 20, p. 611. El Tribunal Constitucional de España ha también reconocido una excepción de buena fe cuando la policía ejecuta un registro sin autorización

factor importante en el análisis de los factores cuando la ley permite que el juez sopesa la totalidad de las circunstancias antes de decidir la cuestión de exclusión¹²¹.

Además de la “buena fe”, el análisis de factores toma en cuenta a menudo la gravedad del delito, la importancia de la prueba para demostrar culpabilidad y la intencionalidad de la violación¹²². Pero cuando las cortes no efectúan la exclusión cuando se trata de un delito grave, en que amenazan las penas también más graves, se exalta la búsqueda de la verdad sobre la protección constitucional de la privacidad¹²³.

En fin, en los países que utilizan un análisis amplio basado en *fairness* (lo que es “justo”), raramente se excluyen pruebas obtenidas como resultado de un registro ilegal de un domicilio¹²⁴.

F. El uso de información obtenida por medio de escuchas ilegales

Al igual que los interrogatorios ilegales, las intervenciones ilegales en conversaciones privadas producen mucha información utilizable para adelantar una investigación contra la persona afectada, aun cuando existe una prohibición de utilizar dichas grabaciones contra ella. El arma de fuego utilizada en un homicidio con las huellas digitales del acusado lo condenará tan rápido como su confesión de culpabilidad, si está articulada con un interrogatorio indebido o una conversación telefónica intervenida. Es claro que si se puede utilizar los “frutos” de escuchas ilegales como prueba de cargo, no habría ningún incentivo para los órganos de la policía o fiscalía para dejar de intervenir ilegalmente conversaciones privadas sin causa probable ni orden judicial. Regímenes totalitarios han a menudo escuchado a sus ciudadanos secretamente para recopilar información, y si necesitan intervenir para detener a un delincuente, han sido

judicial en situaciones en que la corte reconoce una regla nueva que cambia la práctica. STC 22/2003 del 10 de febrero.

121 MAHONEY, *supra* nota 20, p. 610; RANSIEK, *supra* nota 92, p. 566 (en Alemania sólo excluye si había una violación grave y una evasión intencional de la autorización judicial).

122 En este sentido, la sentencia de la CSEU en “Herring v. United States”, 129 S.Ct. 695 (2009), es importante, porque la corte ha recientemente reconocido una nueva excepción de la regla de exclusión de la cuarta enmienda para conducta “meramente imprudente” del funcionario.

123 Véase MAHONEY, *supra* nota 20, p. 611, citando un caso de Nueva Zelanda, que demanda un análisis más agotador cuando se trata de un delito grave con una pena grave. Goodwin [1993] 2 N. Z. L. R. 153, 171, CA. El análisis aceptado en Alemania, en cambio, no reconoce una prohibición cuando se trata de un delito grave. Para fortalecer esta decisión, la Corte Constitucional de Alemania identificó un principio nuevo de nivel constitucional: la “obligación del Estado de mantener una administración de justicia efectiva”.

124 La primera exclusión en tal caso en Australia era en “George v. Rockett” (1990) 93 A. L. R. 483, después de una mera afirmación del funcionario al juez, que había emitido el orden de registro, de que había “una base razonable” para el registro. BRADLEY. “Mapp Goes Abroad”, *supra* nota 23, p. 381. En Canadá se acepta la excepción de “buena fe” y no excluyen si la policía tenía causa probable, aun en ausencia de una orden de registro. *Ibid.*, pp. 383-384.

adeptos a inventar un método “legal” para hacer un registro o detención sin tener que revelar las escuchas secretas. Las escuchas secretas de la administración de GEORGE W. BUSH tenían un fin semejante¹²⁵.

En Alemania y en Estados Unidos las cortes han determinado que el uso de grabaciones de conversaciones obtenidas por escuchas ilegales durante una interrogación para confrontar al sospechoso con sus admisiones previas inutiliza cualquier nueva admisión del “fruto” de la escucha ilegal¹²⁶. Sin embargo, las cortes alemanas han permitido el uso de testigos que han sido descubiertos explotando la información en una escucha ilegal¹²⁷. Hay opiniones contradictorias en Estados Unidos en cuanto al uso de una conversación intervenida durante una escucha ilegal para impugnar el testimonio de un acusado durante el juicio oral¹²⁸.

Según el § 11.1 LOPJ-España, sin embargo, pruebas físicas encontradas como resultado de una violación de nivel constitucional de las normas para escuchas son “frutos del árbol envenenado” y no pueden ser utilizadas¹²⁹.

G. Uso de pruebas o información ilegalmente obtenida contra terceros

Según la jurisprudencia de la CSEU, sólo las personas cuyos derechos fueron violados por las diligencias ilegales de los funcionarios del Estado pueden solicitar la exclusión de las pruebas obtenidas como resultado de la conducta ilegal¹³⁰. Pero esta excepción permite esencialmente a los funcionarios de policía violar intencionalmente la privacidad de ciudadanos cuando hay un grupo de gente en un espacio privado o cuando

125 Véase THAMAN. *La situación precaria*, *supra* nota 38, sección II.B.

126 Véase “Gelbard v. United States”, 408 U. S. 41 (1972) (permitiendo a testigos ante el jurado de acusación negarse a responder preguntas basadas en escuchas ilegales) y BGHST 27, 355, pp. 357-358 (1978), traducción inglesa en THAMAN. *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, pp. 119-121.

127 BGHST 32, 68 (1983), véase WEIGEND, *supra* nota 39, p. 197. En “Michigan v. Tucker”, 417 U. S. 433 (1974), la CSEU determinó que no se puede rechazar el testimonio de un testigo descubierto por vía de una interrogación en violación de las normas de “Miranda”.

128 Se puede utilizar pruebas físicas obtenidas en un registro ilegal para impugnar a un acusado que testifica en el juicio oral. “United States v. Havens”, 446 US 620 (1980). Unas cortes han interpretado la regla de exclusión en la ley de escuchas para prohibir el uso para *impeachment* de un acusado que testifica (“People v. In re A. W.”, 982 P.2d 842 [Colo. 1999]), pero algunas cortes federales han permitido la práctica (“United States v. Baftiri”, 263 F.3d 856 [8.º Cir., 2001]). Véase LAFAVE et al., *supra* nota 35, p. 287.

129 Véase JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER. “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1 (1998), 145, pp.162-163.

130 “Rakas v. Illinois”, 439 U. S. 128, 132 (1978). Hay una excepción de la prohibición también en Alemania según la teoría del “ámbito del derecho” (*Rechtskreisstheorie*). Véase CLAUS ROXIN. *Strafverfahrensrecht* 166 (24.ª ed., 1995); ERNST BELING. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* 35 (1903).

el sujeto de la investigación no está presente¹³¹. Lo malo de esta jurisprudencia fue articulado años atrás en una decisión de la Corte Suprema de California, que ya no es precedente vinculante, en que se afirma: “Casi invita a los funcionarios de la administración de justicia a violar los derechos de terceros y cambiar la huida de un delincuente cuyos derechos fueron violados para la condena de otros utilizando las pruebas ilegalmente obtenidas contra ellos”¹³².

V. CONCLUSIÓN

El ascenso de los derechos humanos es hoy el resultado del terror de la primera mitad del siglo XX. En las dictaduras fascistas, comunistas o autoritarias de aquella época, los pueblos fueron sometidos a redadas, infiltración de informantes, tortura y escuchas secretas. En la administración de la injusticia, el principio de la verdad material era rey. Esta investigación de las prácticas hoy imperantes en países democráticos ha mostrado, sin embargo, que dicho principio todavía está en su trono, a menudo en perjuicio de derechos humanos importantes que protegen la dignidad humana y la privacidad. Un sistema legal que permite el uso de lagunas jurídicas o principios vagos para sopesar derechos humanos contra principios de nivel inferior, para utilizar pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de estos derechos, difícilmente puede considerarse como un “Estado de derecho”.

Mientras que tales lagunas jurídicas existan, los funcionarios del Estado seguirán violando los derechos constitucionales, especialmente en los sistemas en que el juez de instancia también se encuentra obligado a buscar la verdad de la acusación, modelos en que los jueces van a dar consciente o instintivamente la prioridad al principio de la verdad en la ejecución de su tarea hercúlea de sopesar las circunstancias del caso y descuidar su papel de garantes de la libertad. Cuando los órganos de la investigación y el juez de instancia o juez de los hechos llevan a cabo la misma tarea —la determinación de la verdad—, la neutralidad del juez de instancia está comprometida, porque la verdad tendría siempre prioridad sobre los derechos del acusado. Por eso, el análisis, el *balancing*, nunca debe ser llevado a cabo por el juez del juicio en un sistema inquisitorio ni por el juez instructor, sino por un juez neutral de control o un juez de libertad sin obligación de esclarecer la verdad del asunto.

131 Por ejemplo, en “*Rakas v. Illinois*”, *supra* nota 130, la CSEU decidió que solamente el dueño de un coche tiene dentro de éste una expectativa de privacidad. En cuanto a un registro de un domicilio, sin embargo, la protección se extiende no sólo al dueño, sino también a invitados que pasan la noche y que en consecuencia pueden solicitar que se excluyan pruebas obtenidas durante un registro ilegal. “*Minnesota v. Olson*”, 495 U. S. 91, 96-97 (1990). Pero la extensión no alcanza a invitados por un tiempo corto que se involucran en actividades ilegales. “*Minnesota v. Carter*”, 525 U. S. 83, 90 (1998).

132 “*People v. Martin*”, 290 P.2d 855, 857 (Cal. 1955).

Las protecciones de la privacidad y del derecho de silencio, reconocidas en las convenciones internacionales de derechos humanos, deberían ser reconocidas como fundamentos del Estado de derecho. Las excepciones, que siempre existirán, deben ser reconocidas sólo en situaciones precisamente delineadas, cuando otros derechos de nivel similar estén en juego, como los derechos a la vida, a la libertad o a la propiedad¹³³. Las excepciones para urgencia o descubrimiento inevitable deben ser aplicadas también de modo estricto para que los funcionarios del Estado no abusen de las ellas¹³⁴. Además, cada acusado debería poder solicitar la exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas, aun cuando la ilegalidad no se relaciona con una violación de sus derechos. Si no, no habrá incentivo para que la policía obedezca a la ley.

El mejor método para disuadir violaciones del derecho de silencio y los asociados derechos a la dignidad humana sería la introducción de una regla estricta de exclusión que se aplicara siempre a declaraciones y sus “frutos” si la declaración se obtuvo en ausencia de un abogado defensor y sin avisos del derecho de silencio¹³⁵. Como en el § 65(2) CPP-Italia, el interrogatorio debería ser exclusivamente una diligencia de defensa, y debería ser negociado con el fiscal como las conformidades (*plea bargains*) en Estados Unidos. Y una confesión debería siempre conducir a una mitigación de la pena¹³⁶.

Si los órganos de la administración de justicia quieren establecer la verdad de la acusación y quieren imponer la pena máxima a causa de la naturaleza grave del delito, entonces deberían observar estrictamente la ley durante la investigación y no contar con la ayuda del acusado para asegurar su propia condena. Si, en cambio, el gobierno necesita la ayuda del acusado para determinar la verdad de la acusación, debería estar listo para ofrecer lenidad para animar esta ayuda. La misma lógica debe aplicarse cuando la policía, por ejemplo, quiere registrar un domicilio sin causa probable, sin orden de registro y sin urgencia y quiere conseguir el consentimiento de la persona afectada. La policía debe entonces avisar a la persona afectada de su derecho de negar el consentimiento¹³⁷, y esta persona debe tener la oportunidad de consultar con un abogado antes de decidir si consentirá en ello¹³⁸.

133 Por ejemplo, la CSEU determinó que cuando hay peligro para la vida o la salud se puede evitar dar avisos de “Miranda”: “New York v. Quarles”, 467 U. S. 649, 655-656 (1984).

134 Por ejemplo, la dificultad de encontrar a un juez por la noche para autorizar un registro o escuchas nunca debe ser aceptada como excepción. BEICHEL y KIENINGER, *supra* nota 100, p. 11.

135 Un buen ejemplo es el § 75(2)(1) CCP-Rusia, que prohíbe el uso de cualquier confesión dada en ausencia del abogado defensor, cuando el acusado retira la confesión durante el juicio oral, aun en situaciones donde éste “renunció” al derecho de un abogado.

136 THAMAN. “Gerechtigkeit und Verfahrensvielfalt”, *supra* nota 76, at 314-315.

137 Tales avisos son necesarios según el § 4.1 Code of Practice B, PACE-Inglaterra (2002), y el § 766 CPP-Francia. Sin embargo, en Estados Unidos no hay obligación de dar un aviso en una tal situación. “Schneckloth v. Bustamante”, 412 U. S. 218 (1973).

138 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de España del 8 julio de 1994 (RJ 1994, n.º 6261, 7983, 7983-7984), traducción inglesa en THAMAN, *Comparative Criminal Procedure*, *supra* nota 1, p. 55.

Una absolución o sobreseimiento en un enjuiciamiento penal, aun cuando las pruebas podrían demostrar la culpabilidad del acusado, no viola ningún derecho fundamental de nadie. La víctima de un hecho delictivo se queda víctima, aun cuando el reo sea condenado. El argumento de la Corte Constitucional de Alemania, por ejemplo, según el cual la necesidad de “una efectiva administración de justicia” deber ser tomada en cuenta cuando el juez decide la admisibilidad de la prueba, no es aceptable. Si la criminalidad no puede ser investigada sin el quebrantamiento de derechos fundamentales, la culpa la tiene probablemente el Estado, porque invierte poco para asegurar una cantidad bastante de funcionarios calificados o poco en la tecnología de investigación criminal. Es decir, la administración de justicia ya era ineficaz antes de que se presentara la violación de los derechos humanos.

