

Teoría jurídica de la regla de exclusión de prueba ilícita. Diálogo italo-español

Autora: Agustina Alvarado Urizar

Editorial Tirant lo Blanch /2021

www.librotecnia.cl

Índice

Abreviaturas.....	19
Presentación.....	23
CARLOS KÜNSEMÜLLER L.	
Prólogo	27
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO	
Introducción.....	35

Capítulo Primero REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA: CUESTIONES PRELIMINARES

I. HACIA UN CONCEPTO TEÓRICO DE REGLA DE EXCLUSIÓN COMO CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN Y TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN.....	41
1. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión». Elementos estructurales de la regla.....	41
2. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como criterio de identificación.....	44
a) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico italiano.....	44
b) Identificación de la regla de exclusión en el sistema jurídico español.....	45
3. Concepto teórico-jurídico de «regla de exclusión» como técnica de tipificación.....	46
a) Técnicas de tipificación por «especialidad».....	47
b) Técnicas de tipificación por «subordinación».....	47
4. Identificación de las técnicas de exclusión en el sistema italo-español.....	48
a) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico italiano: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas».....	48
i. Inutilizabilidad patológica.....	49
ii. Inutilizabilidad fisiológica.....	50
iii. Consideraciones críticas.....	52
b) Técnicas de exclusión en el sistema jurídico español: coexistencia de reglas «subordinadas» y «analíticas».....	54
i. Reglas de exclusión «analíticas» o «prohibiciones probatorias».....	54

www.librotecnia.cl

ii. Reglas de exclusión «subordinadas» e impropiedad lingüística en el uso del término «prueba ilícita».....	56
II. «FUNDAMENTO» AXIOLÓGICO DEL «RÉGIMEN GENERAL» DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA.....	58
1. Evolución del concepto de «verdad» y de «prueba»	59
a) Régimen de «prueba legal» y verdad «probable».....	59
b) Régimen de libertad de prueba; «principio de libre convencimiento del juez» y verdad «material».....	62
c) «Verdad material» y «Prueba demostrativa». Consideraciones críticas	65
d) Hacia un concepto de «prueba jurídica o institucionalizada» y simplemente «verdad»	69
2. Fundamento político y epistemológico. Clasificación de las RdE probatoria según su función.....	73
a) Reglas de exclusión epistémicas.....	74
b) Reglas de exclusión éticas.....	75
III. «FUNDAMENTO» DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA: ENFOQUES ARGUMENTATIVOS TRADICIONALES.....	78
1. Posición preferente de los dd. ff. y «efecto disuasorio» de la « <i>exclusionary rule</i> » en el contexto estadounidense.....	78
2. Posición preferente de los derechos fundamentales como sustento de la RdE en el contexto español.....	85
a) Origen jurisprudencial de la regla de exclusión: STC 114/1984.....	85
i. Cuestiones de hecho de la STC 114/1984	86
ii. Cuestiones de derecho de la STC 114/1984	87
b) Introducción de la regla de exclusión a nivel normativo: art. 11.1 LOP.....	88
i. Posición minoritaria del «efecto disuasorio» como fundamento de la RdE	88
ii. Posición mayoritaria: «fundamento material» de la RdE en la posición preferente de los dd. ff.	93
3. Fundamento de la Regla de Exclusión en el contexto italiano: principio de legalidad	99
a) Código procesal penal italiano de 1930.....	99
i. Modelo y aspectos teórico-normativos.....	99
ii. Aspectos críticos detonantes de la reforma.....	101
iii. Concepto de «prueba inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1930	106
b) Código procesal penal italiano de 1988.....	110
i. Modelo y aspectos teóricos	110
ii. Modelo y aspectos normativos.....	112

iii. Plausibilidad del concepto de prueba «inconstitucional» bajo la vigencia del c.p.i. de 1988.....	115
(1) Reconocimiento del concepto en la expresión «ley» contenida en el art. 191.1 c.p.i.	115
(2) Rechazo del concepto de «prueba inconstitucional».....	116
(3) Absorción del concepto de prueba inconstitucional por el régimen de inutilizabilidad	118
(4) Subsistencia del concepto a propósito de la denominada «prueba atípica»	119
IV. INSUFICIENCIA DE LOS ENFOQUES ARGUMENTATIVOS TRADICIONALES EN EL MARCO DEL «FUNDAMENTO» GENERAL DEL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA.....	123

Capítulo Segundo

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN LOS ENFOQUES TRADICIONALES MATERIALES Y SU RÉGIMEN DE EFECTOS

I. «NATURALEZA JURÍDICA» DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL TITULAR DEL «DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRUEBA»	129
1. Contenido del derecho a la prueba en su sentido subjetivo.....	129
a) Marco normativo del derecho a la prueba	129
b) Medios de impugnación.....	133
2. Contenido del derecho a la prueba en su sentido objetivo: configuración del «régimen de exclusión de prueba»	134
a) Reglas de admisión probatoria para la fijación del « <i>thema probandum</i> »	137
b) Reglas de admisión dirigidas al control de legitimidad/licitud de la prueba	139
3. Consecuencias procesales de la consideración de la RdE subordinada como «límite» al derecho a la prueba	145
a) Diversas aproximaciones a su naturaleza jurídica: deber, sanción y carga procesal.....	145
b) Interpretación restringida de los límites al derecho fundamental a la prueba.....	147
II. «NATURALEZA JURÍDICA» DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO PASIVO DE LA PRUEBA EN EL CONTEXTO ITALIANO.....	149
1. Garantía subjetiva del derecho fundamental al «debido proceso»	149
2. Régimen procesal para exigir su aplicación	150

a) Audiencia preliminar con carácter no «preclusivo»	151
b) Al inicio del juicio oral y durante su desarrollo.....	152
c) Efecto de la aplicación de la regla de exclusión.....	154
3. Régimen de impugnación en caso de inaplicación de la regla de exclusión.....	155
a) Debate sobre la naturaleza jurídica del «vicio» y causal invocada.....	155
b) Recurso de Apelación y Recurso de Casación	157
4. Efecto reflejo y prueba derivada	159
a) Posición doctrinal contraria al efecto reflejo-inutilizabilidad derivada.....	160
b) Posición doctrinal favorable al efecto reflejo-inutilizabilidad derivada.....	164
c) Particular referencia al registro prohibido y los efectos del secuestro sucesivo: <i>male captum bene retentum</i> y «cuerpo del delito»	170
5. Prueba prohibida «favor rei» y utilizabilidad « <i>in bonam partem</i> »	175
a) Utilizabilidad <i>in bonam partem</i> en el Código de 1930.....	175
b) Utilizabilidad <i>in bonam partem</i> en el Código de 1989.....	177
III. DEBATE ACERCA DE LA «NATURALEZA JURÍDICA» DEL ART. 11.1 LOPJ DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO PASIVO DE LA PRUEBA EN EL CONTEXTO ESPAÑOL	180
1. Posición minoritaria: art. 11.1 LOPJ como Regla de Exclusión en el contexto español.....	180
a) Regla de exclusión como garantía integrada en el derecho a un proceso celebrado con todas las garantías.....	180
b) Regla de exclusión como garantía integrada en cada derecho fundamental sustancial.....	184
2. Posición mayoritaria: art. 11.1 LOPJ como garantía procesal del derecho a la Presunción de inocencia: prohibición de valoración.....	188
a) Posición doctrinal mayoritaria.....	188
b) Actual tendencia jurisprudencial del TC (2011-2016).....	193
c) Actual tendencia jurisprudencial del TS (2011-2016)	197
3. Análisis de los argumentos esgrimidos por la posición mayoritaria para negar la naturaleza jurídica de regla de exclusión al art. 11.1 LOPJ.....	200
a) La consagración del art. 11.1 LOPJ a nivel legal y no constitucional	200
b) Lectura [errónea] de la STC 114/1984.....	202
c) Lectura [errónea] de la STC 81/1998.....	206
i. STC 114/1984 y descarte del dd. ff. a la Presunción de inocencia.....	206

ii. STC 81/1998 y derecho a la Presunción de inocencia...	208
d) Ausencia de recurso en contra de la resolución que admite la prueba	211
e) Inexistencia de una instancia procesal autónoma para su alegación	216
4. Régimen procesal del art. 11.1 LOPJ.....	216
a) Régimen procesal para exigir la aplicación del art. 11.1 LOPJ	216
i. Ausencia de norma expresa en fase intermedia e insuficiente estructura.....	217
ii. Al inicio de la vista del juicio oral sin carácter preclusivo	220
iii. En los informes sobre la prueba y en las calificaciones definitivas	226
b) Efecto de la aplicación del art. 11.1 LOPJ	228
i. Posición mayoritaria partidaria de la resolución del asunto en la sentencia: no valoración.....	229
ii. Posición minoritaria y expulsión del material ilícito.....	231
c) Régimen procesal en caso de inaplicación del art. 11.1 LOPJ	232
5. Efecto reflejo y prueba derivada	237
a) Sobre el reconocimiento del efecto reflejo	237
b) Premisas de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad»	241
i. Nueva naturaleza jurídica de la garantía del art. 11.1 LOPJ.....	243
ii. Carácter relativo de las limitaciones a los dd. ff. y carácter «restringible» de la garantía de inadmisión.....	246
c) Contenido del juicio de experiencia de la doctrina de conexión de antijuridicidad	251
i. Perspectiva interna: índole y características de la vulneración originaria del dd. ff. y su resultado.....	251
ii. Perspectiva externa: necesidad de tutela y efecto disuasorio	257
iii. Carácter complementario de ambas perspectivas	261
d) <i>Male captum bene retendum</i> bajo la fórmula «fin constitucionalmente legítimo».....	265
6. Excepciones a la aplicación del art. 11.1 LOPJ.....	269
a) Excepciones en materia de prueba originaria.....	269
i. Excepción de buena fe	269
ii. Prueba ilícita favor rei.....	273
b) Excepciones en materia de efecto reflejo	277
i. Declaración voluntaria del imputado en instrucción y/o juicio oral	277

ii. Descubrimiento probable o hipotéticamente independiente.....	287
IV. INSUFICIENCIA DE LOS ENFOQUES ARGUMENTATIVOS TRADICIONALES EN EL MARCO DE LA «NATURALEZA JURÍDICA» DE LA REGLA EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA.....	289
1. Inefectividad del principio de neutralidad psíquica del juzgador.....	289
2. Similares problemáticas respecto de la impugnación en caso de inaplicación de la norma.....	290
3. Generalizada resistencia a reconocer la aplicación del efecto reflejo.....	291

Capítulo Tercero

SUPUESTO DE APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN: PROHIBICIONES PROBATORIAS Y PROCEDIMIENTO PROBATORIO

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE REFORMA DEL C.P.P.I. DE 1930-1989.....	295
1. Premisa de la reforma: principio de contradicción en la formación de la prueba.....	295
2. Posiciones doctrinales frente a la reforma.....	296
a) Posición refractaria a la reforma y principio de libre convencimiento del juez.....	296
b) Solución prospectada por Cordero y Carnelutti: prohibición de utilización de prueba formada sin contradictorio ..	297
c) Solución prospectada por Nuvoione: anticipación de la contradicción.....	298
d) Solución mixta prospectada por el c.p.i. de 1988.....	299
II. PREMISAS DE LA POSICIÓN MAYORITARIA BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE 1930.....	302
1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del libre convencimiento del juez.....	302
a) Configuración del «procedimiento probatorio» en la tesis corderiana.....	302
b) Conceptualización corderiana del «procedimiento probatorio» subyacente en el sistema español.....	305
2. Consecuencias de la conceptualización de «procedimiento probatorio» en materia de «prueba ilícita».....	307
3. Categorías de «Invalidez» e «Ilícitud» de los actos procesales: normas de competencia y normas de mandato.....	310

III. TESIS POSTULADAS POR LA POSICIÓN MAYORITARIA BAJO LA VIGENCIA DEL C.P.P.I. DE 1930 Y ARGUMENTOS PARA SU PERPETUACIÓN AL ALERO DEL C.P.P.I. DE 1989.....	314
1. Desestimación de otras fuentes normativas sustanciales (penas y constitucionales) como fuentes de prohibiciones probatorias.....	314
a) Negación de la categoría autónoma de «prueba ilícita».....	314
i. Tajante separación entre derecho sustantivo y adjetivo e inexistencia de regla expresa de inadmisibilidad de prueba en virtud de su «ilicitud sustancial»	315
ii. Imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad ordinaria para la inadmisión de «prueba ilícita»	318
b) Negación de la categoría autónoma de «prueba inconstitucional»: imposibilidad de extraer un principio general de la legalidad constitucional para la inadmisión de «prueba ilícita»	323
c) Debate bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988.....	328
i. Posición doctrinal mayoritaria continuadora de la tesis corderiana.....	328
ii. Posición minoritaria contraria a la tesis corderiana.....	332
iii. Especial referencia a las conductas ilícitas del privado .	338
2. «Poder instructorio del juez» como criterio identificativo de prohibiciones probatorias.....	342
a) Formulación original del criterio y su perpetuación a propósito de la inutilizabilidad. Antecedente de la doctrina del <i>male captum bene retendum</i>	342
b) Consideraciones críticas formuladas por la doctrina y criterio de la «naturaleza del interés protegido»	346
c) <i>Segue</i> . Inutilizabilidad y principio de taxatividad del vicio-sanción <i>vs.</i> principio de no sustitución.....	352
d) <i>Segue</i> . Falta de reconocimiento del principio de no sustitución en el marco español. Análisis de la expresión «prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales»	357
i. Infracción «directa e indirecta» de un dd. ff.: principio de no sustitución débil	359
ii. Uso «directo e indirecto» de prueba obtenida con infracción de un dd. ff. en vía originaria: efecto reflejo.....	361
e) Lectura personal crítica al «poder instructorio» desde la naturaleza intrínseca de las normas de mandato	367
i. Normas de mandato: «antijuridicidad» del acto y proporcionalidad de la invalidez	369

ii. Normas de competencia y su efecto disuasorio «reforzado» mediante normas de mandato.....	372
IV. ÁMBITO DE OPERATIVIDAD DE LA «PROHIBICIÓN DE UTILIZABILIDAD»/ «PROHIBICIÓN DE VALORACIÓN» DE «PRUEBA PROHIBIDA» EN FASE DE «VALORACIÓN».....	375
1. Procedimiento probatorio e interpretación laxa del principio del libre convencimiento del juez.....	375
a) Errónea identificación del desvalor atribuido a las pruebas legales bajo el <i>ancien régime</i>	375
b) Correcta lectura del principio del libre convencimiento del juez y diversa conceptualización del procedimiento probatorio.....	379
c) Prohibición de inutilizabilidad del c.p.p.i. de 1988 y prohibición de valoración española.....	381
d) Consecuencias respecto del régimen recursivo.....	384
2. Distinción entre principio de libre valoración de la prueba y principio del convencimiento del juez: «motivación-actividad» y «motivación-producto».....	385
a) Distinción en el contexto italiano bajo la vigencia del c.p.p.i. de 1988.....	386
b) Distinción sostenida en el contexto español.....	392
i. Ausencia de una adecuada distinción en conexión con su ubicación en el marco del procedimiento probatorio.....	392
ii. Perspectiva personal crítica desde la óptica del dd. ff. a la presunción de inocencia (regla de juicio) y el principio <i>in dubio pro reo</i>	398
c) Inevitable influencia psicológica de la prueba prohibida en la decisión.....	405
i. Necesaria configuración de las prohibiciones probatorias en clave de RdE en sentido técnico.....	406
ii. Insuficiencia de la exigencia de una declaración expresa de inutilizabilidad/ineficacia.....	407
iii. Principio de presunción de inocencia como principio estructural del sistema.....	409
3. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» del art. 191 c.p.p.i. y aplicación del régimen de inutilizabilidad únicamente a la <i>prueba costituenda</i>	412
a) Interpretación restringida referida únicamente a la « <i>prueba costituenda</i> » en conexión al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita».....	413
i. Consideraciones en torno a la « <i>prueba costituenda</i> » y « <i>prueba costituita</i> ».....	413
ii. Consideraciones en torno al rechazo de la categoría autónoma de «prueba ilícita».....	416

b) Interpretación amplia comprensiva de «prueba constituida» y «constituída»	419
c) Enfoque personal crítico al rechazo de la <i>prueba constituida</i>	420
i. Doble naturaleza jurídica de las reglas reguladoras de los medios de búsqueda de la prueba	420
ii. Interpretación funcional de las «prohibiciones probatorias»	423
4. Interpretación de la expresión «pruebas adquiridas» y ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de admisión» de prueba en fases anteriores al juicio	428
a) Doctrina contraria a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar	428
b) Doctrina favorable a la operatividad de «prohibiciones de admisión» en fase de investigación preliminar	429
c) Debate en el contexto español sobre la posibilidad de declarar la exclusión de prueba en forma previa al juicio	437
5. Efectivo ámbito de operatividad de las «reglas probatorias de rendición» de prueba y su superposición con hipótesis de nulidad	446
a) Extremos del debate en el contexto italiano: «pruebas adquiridas»	446
i. Posición doctrinal contraria al reconocimiento de «prohibiciones de rendición» de prueba	448
ii. Posición doctrinal favorable al reconocimiento de «prohibiciones de rendición» de prueba	449
iii. Soluciones interpretativas en caso de sobreposición de sanciones	452
b) Extremos del debate en el contexto español: «pruebas obtenidas»	456
i. Ilícitud <i>intra</i> y extraprocesal	456
ii. Naturaleza jurídica de los dd. ff. susceptibles de lesión a efectos del art. 11.1 LOPJ	459
iii. Prueba irregular	462

Capítulo Cuarto

«ESPECIAL» FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA, SUPUESTO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

I. «DEMOCRACIA EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO» COMO METAFUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA	467
---	-----

1. Redefinición del concepto de «democracia»	469
2. Redefinición del concepto de «soberanía popular»	470
II. «FUNDAMENTO» DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA OBTENIDA CON INFRACCIÓN DE DD.FE EN EL PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	471
1. «Principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo».....	471
a) Exigencia impuesta desde la teoría política (jurídico-constitucional) de «Democracia jurisdiccional»	471
i. Legitimidad de las decisiones judiciales.....	471
ii. Redefinición del concepto de «prueba»: respeto de los derechos fundamentales como requisito «esencial» del concepto de prueba.....	475
b) Exigencia impuesta desde la teoría jurídica de la divergencia entre «validez» y «vigencia».....	479
i. Redefinición de la dogmática jurídica en el paradigma constitucional	479
ii. Redefinición del «juicio de validez» de los actos probatorios	481
iii. Adecuada concepción del «juicio de ilicitud»	484
iv. Adecuada consideración del «juicio de proporcionalidad»	487
c) Consecuencias teóricas y prácticas del cambio de enfoque.	496
i. Determina el establecimiento de una norma de mandato dirigida al Juez; Regla de Exclusión	496
ii. Otorga a su «efecto» la naturaleza jurídica de «sanción» y determina un alcance «total», «expansivo» y «ultractivo» del mismo	501
iii. Evita que la aplicación de la norma de mandato sea considerada un «límite» al derecho fundamental a la prueba	505
iv. Esclarece la ubicación procesal en que debe tener lugar el «juicio de licitud».....	507
2. «Principio de no condena de inocentes»	508
a) Configuración y contenido del «principio de no condena de inocentes»	508
i. Función ética del «principio de no condena de inocentes»	508
ii. Función epistemológica del «principio de no condena de inocentes»	509
b) Interpretación particular de los principios <i>iure et in iure</i> involucrados.....	511

i. Principio de Presunción de inocencia como regla estructural del procedimiento en relación con el principio de imparcialidad del tribunal.....	511
ii. Principio de contradicción e inmediación en relación con el principio de defensa.....	514
3. Naturaleza jurídica de la especial regla de exclusión de prueba ilícita.....	519
a) Regla de exclusión como garantía secundaria de cada derecho fundamental.....	520
b) Regla de exclusión como garantía primaria del derecho fundamental a un proceso celebrado con todas las garantías.....	524
c) Consecuencias procedimentales.....	525
III. CONCLUSIONES FINALES DESDE LA ÓPTICA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA «TEORÍA JURÍDICA DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA» PROPUESTA EN ESTA TESIS.....	528
Bibliografía.....	541
Jurisprudencia.....	557
Fuentes normativas.....	567