

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Prueba ilegitimamente obtenida*

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

«Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*». (C. Beccaria. «Dei delitti e delle pene», cap. XX.)

I

El episodio del juicio de la *Sota de Corazones* con que el reverendo Dodgson —más conocido por el pseudónimo de *Lewis Carroll*— amenizó una gira fluvial en compañía de las hermanas Liddell (entre ellas, la celeberrima Alicia), puede, hoy, hacernos sonreír, evocando, con nostalgia, nuestros años infantiles. Y, sin embargo, como ironizaba el profesor Fanchiotti, hay motivos sobrados para sospechar que nuestra Justicia Penal de la postmodernidad no esté lejos de aquel juicio imaginado.

Cuando la maquinaria represiva estigmatiza al *Señor K.* de turno con la etiqueta de *imputado*, comienza su área una cohorte de iluminados, encendidos de celo por la sagrada causa de la Sociedad. El redactor de la *Exposición de Motivos* de nuestra antañona Ley de Enjuiciamiento Criminal recelaba de ellos. A sus ojos, el sospechoso es un enemigo del Pueblo contra el que debe estar permitido utilizar toda clase de armas.

Un *Señor K.* bien real, el señor Kuruma, fue sometido a registro por dos funcionarios policiales de Su Graciosa Majestad británica. Kenya se encontraba bajo estado de excepción en aquellos años turbulentos que precedieron a la declaración de su independencia. En los bolsillos de Kuruma fueron encontrados dos paquetes de munición. Fue juzgado y condenado por su ilícita tenencia.

El Tribunal de Apelación para África Oriental, y el comité judicial de Privy Council rechazaron la apelación interpuesta contra el fallo. Su parecer, expresado por lord Goddard, al resolver el recurso en 1955, fue claro: «... el criterio aplicable para decidir si una prueba es admisible estriba en si es relevante para el caso en cuestión. Si lo es, resultará admisible, y al Tribunal le importa poco cómo se obtuvo la prueba...». Rastreando antecedentes. Su Señoría conseguía exhumar uno, bien añejo. En 1861,

al resolver el asunto *Leatham*, el Juez Crompton, tuvo que afrontar la queja de un recurrente, quien denunciaba que se había utilizado en su contra una carta conocida, en el curso de una declaración, sobre cuyo contenido debían guardar reserva los funcionarios administrativos instructores del expediente. La respuesta fue tajante: «No importa cómo se ha conseguido la carta: aunque hubiera sido robada, habría sido admisible como prueba...».

No pasaría un decenio antes de que este criterio fuese revisado. El señor Payne había sido acusado de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En Comisaría consintió que un médico de la Policía lo examinase. Una gente le aseguró que era sólo para comprobar si se encontraba indispuerto y que no se le ocurriría proponer su testimonio para acreditar la posible ebriedad del conductor investigado. Payne accedió (sin duda estaba realmente bebido); el policía no cumplió su compromiso y aquel fue condenado. Recurrió y la *Court of Criminal Appeal* —en 1963— atendió sus razones. La artimaña (*trickery*) policial había dado lugar a que el juicio contra Payne no fuera limpio. Comentando la sentencia, Richard May hace notar que el centro de gravedad se ha desplazado desde la *relevancia* de la prueba, al influjo de la admisión de la ilegalmente obtenida sobre la *limpieza (fairness)* del juicio. Este concepto, realmente impreciso, se resiste a ser reducido en esquemas preestablecidos, y ha de ser decidido caso por caso, lo que acarrea una dosis de inseguridad jurídica. No parece que ello inquiete a la Magistratura británica, a juzgar por las optimistas manifestaciones de confianza que, sobre el buen sentido de sus componentes, hizo el Juez Fraser en el caso *Sang*, en 1979.

En los veinte años que siguen al asunto *Payne*, la Jurisprudencia inglesa (menos decidida que la de Escocia) vuelve sobre sus pasos. La idea de la relevancia resucita en el caso *Jeffrey vs. Black*, en 1978, a propósito de un hallazgo de drogas en el cur-

* Ponencia presentada por el autor en el curso sobre «Poder judicial y proceso penal», Universidad Hispanoamericana Santa

so de un registro sin previo mandato judicial, y el alcance del criterio de la *unfairness* se matiza en el asunto *Sang*, ya aludido.

Su triunfo llegaría de la mano de la *Police and Criminal Evidence Act*. de 1984. Su artículo 78 establece con claridad que el Tribunal podrá rechazar una prueba de cargo cuando «... teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquellas en que fue obtenida, su admisión produciría un efecto tan negativo sobre la limpieza (*fairness*) del procedimiento, que el Tribunal no deberá admitirla...». Según informan Cowsill y Clegg, durante el debate parlamentario, el borrachín Mr. Payne fue reiteradamente recordado por el lord Canciller.

La sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional español, contiene —entre otros— este breve apunte comparatista: «... Por lo general, los países del “*common law*” hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad de la prueba procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el cual se rechaza la prueba ilegalmente obtenida. Si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó con un agente público...». En virtud de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de las *exclusionary rules*, «... en términos generales no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».

En efecto, inicialmente, se importó a las antiguas colonias de Ultramar el principio de *Derecho común* «*male captum, bene retentum*». La prueba ilegítimamente obtenida, podía servir para formar la convicción judicial si era regularmente incorporada al proceso.

La primera mitad del presente siglo fue testigo de la polémica que enfrentó a dos auténticos mitos de la Magistratura norteamericana. Benjamín Natham Cardozo abrazó la opinión tradicional. Según ella, cuando se llegaba a acreditar la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deberían ser castigados los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento.

La Sentencia del caso *Olmstead vs. U.S.*, en 1928, decidió el recurso contra una condena de traficantes de alcohol. La *cruzada* de entonces, puede verse ahora con suficiente perspectiva histórica, como un *ensayo general con todo* de la que actualmente se viene desarrollando contra el tráfico y consumo de drogas prohibidas, y de ahí el valor pedagógico del caso. La prueba de cargo fundamental había consistido en una interceptación —no ordenada judicialmente— de una conversación telefónica. La mayoría de la sala entendió que no violaba la IV Enmienda a la Constitución (derecho a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones). Sin

embargo, se formularon cuatro votos disidentes. Uno de ellos, se debía a una autoridad en la materia, el juez Louis Brandeis. Otro, al no menos ilustre Magistrado Oliver Wendell Holmes. A su juicio, se hace preciso elegir entre dos cosas igualmente deseables, pero que, por desgracia, no son compatibles. «... Es en verdad deseable —argumenta— que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel inicuo...»

Esta perspectiva del *mal menor* iba a acabar por imponerse, especialmente a partir de la Sentencia dictada en el caso *Mapp vs. Ohio*, en 1961. Con ella se consolidó el criterio —que no dejaba de contar con precedentes— que proclamaba la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda a la Constitución. La sentencia, además, declaró aplicable esta doctrina a las jurisdicciones estatales, y no sólo a la federal, por la vía de la invocación de la cláusula del derecho al *procedural due process of Law*, contenida en la XIV Enmienda.

La jurisprudencia norteamericana posterior insistió en esta línea garantista. El clima político favoreció la orientación liberal del Tribunal Supremo Federal, presidido por Earl Warren. El profesor Enrique Alonso García ha llegado a afirmar que «... de 1954 a 1970 el Tribunal Warren literalmente cambió al Constitución...», merced a una interpretación de sus normas, atenta a la nueva sensibilidad colectiva.

Su método de trabajo fue eminentemente casuístico, a partir del *balancing approach*, consistente en ponderar el peso de los intereses en juego, tomando como base unos específicos preceptos constitucionales: las Enmiendas IV, V, VI y XIV, donde se consagran los derechos a la seguridad, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la defensa en juicio y al proceso debido.

El argumento tópico, sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver condenados al fracaso sus esfuerzos, y al margen las responsabilidades (civiles, penales o administrativas) en que puedan incurrir los funcionarios que hicieron uso de aquellos. Ya en 1964 el Tribunal Supremo federal, en el caso *Elkins vs. U.S.*, no dudó en reconocer que la prohibición de aprovechar el resultado de una prueba ilegítima constituía «... the only effectively available way...» para controlar a la Policía.

El radio de acción de esta prohibición probatoria no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba prohibida (*original evidence*), sino que llega a las adquiridas de forma derivada (*derivative evidence*) a partir de aquella, con arreglo a la doctrina plásticamente conocida como de *los frutos del árbol venenoso*. Por muy regularmen-

te que se practique un registro domiciliario, que conduzca al descubrimiento de armas, o de drogas, o de efectos procedentes de un robo, estos hallazgos no podrán ser aportados como prueba de cargo, si el conocimiento de su localización se logró merced a la información proporcionada por un interrogatorio bajo tortura.

Naturalmente, toda esta construcción doctrinal, marcadamente empírica, tiene sus límites. Ante todo, si el objetivo es el control de los agentes policiales, no se extenderá a la obtenida ilegalmente por particulares (no aludidos, además, por la IV Enmienda), según reitera la sentencia *U.S. vs. Jacobsen*; e incluso —aunque haya dado lugar a severas críticas, y existan fallos discrepantes— por oficiales de Policía extranjeros (mejicanos, en el caso *Brualy vs. U.S.*).

Por otra parte, para declarar la inadmisibilidad del material probatorio es preciso, no sólo demostrar la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, sino, además, la relación de causalidad que la ligaba a la obtención de aquél.

Tampoco pesa la prohibición de aprovechamiento sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos, por otras vías, en el curso de la investigación. Este criterio de la *inevitable discovery*, consagrado por la sentencia *Nix vs. Williams*, en 1984, cuya aplicación práctica puede obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos, constituye un intento de recortar el alcance de la Jurisprudencia precedente.

Para entender adecuadamente este nuevo rumbo jurisprudencial, es preciso no olvidar que, en el presente decenio, se consolidó una ruptura de la línea liberal, que comenzó tímidamente cuando el Juez Warren Burger asumió la presidencia del Tribunal Supremo federal, y se patentizó de la mano del Juez Rehnquist, en sintonía con el tono de conservadurismo que imprimió el Presidente Reagan a toda la política norteamericana.

Fieles a una ideología que hace del lema *Law and Order* su bandera, los *new realists* patrocinan la sustitución del viejo ideal resocializador por la perspectiva de la *deterrence*, del retribucionismo penal, cuando no de la pura y simple intimidación general. Mientras, los *econometricians* aplican al proceso los cánones del neoliberalismo económico, buscando la superación del modelo del *due process*, que se había hecho demasiado complejo, lento y costoso, y sobre cuya eficacia abrigan serias dudas.

El profesor Herrmann ha estudiado la progresiva evolución de la doctrina jurisprudencial norteamericana a partir de 1970, y destacado que, en diversas sentencias, se expresan reservas frente a una prohibición de aprovechamiento porque «...se pagaba un precio demasiado caro cuando notorios culpables no pudieran ser castigados...». Hay buenas razones para sospechar que el rearme social, frente a la difusión del consumo y del tráfico de drogas prohibidas, no es ajeno a este cambio de rumbo.

Así, hechos conocidos por declaración del imputado, sin haber sido previamente instruido de sus derechos (*Miranda Warning*), son admitidos, no para acreditar la culpabilidad del imputado, sino para de-

mostrar la falsedad de otra declaración suya posterior.

Del mismo modo, se declaró admisible el resultado de un registro ordenado judicialmente, pese a la falta de razón suficiente (*probable cause*) y de omisión de la determinación de los objetos a localizar, porque los funcionarios policiales habían obrado de buena fe (*on good faith*), en la creencia de estar suficientemente respaldados por un mandamiento judicial.

La adopción del punto de vista del control sobre la Policía conduce a una solución estridente. No se niega que falta el presupuesto legítimamente de la restricción del derecho o libertad fundamentales, como es un mandamiento judicial válido y eficaz; pero la inadmisibilidad de la prueba obtenida extravasaría el ámbito propio de la prohibición probatoria e implicaría una revisión de la regularidad de la actuación de un Juez, lo que queda fuera del campo de la regla de exclusión.

Los comentaristas han hecho sonar la alarma, por el riesgo de que, el portillo del efecto convalidante de la buena fe pueda dar entrada a tal número de excepciones que pronto éstas se convertirían en la regla general.

La historia del tratamiento de la prueba ilegítimamente obtenida, en el Derecho norteamericano parece dar la razón a Dahrendorf, cuando escribe: «...Queríamos una sociedad de ciudadanos autónomos, y hemos creado una sociedad de seres humanos asustados o agresivos. Buscábamos o Rousseau y hemos dado con Hobbes...».

II

El planteamiento en el Derecho continental ha sido muy diferente. Tradicionalmente se viene afirmando que el proceso penal constituye un marco de comprensión escénica, que tiende a la producción del caso de tal forma que, los hechos que la sentencia fija como probados, se aproximen lo más posible a los efectivamente ocurridos. Este ideal se sintetiza en el llamado principio de la verdad material.

Sin embargo, semejante aspiración no puede conseguirse por no importa qué medios.

La dialéctica del proceso se ha ritualizado a través de un procedimiento que, como terminó por descubrir el barón de Montesquieu, funciona como garantía de seguridad y de libertad. El profesor Tiedemann habla de la *vinculación formal (Justizförmigkeit)* del proceso penal actual; y recupera el arquetipo de las denominadas *formas protectoras*, expuesto, hace ya más de un siglo, por Zachariä. Por eso, puede afirmarse, con Hassemer, que «...el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es, mas bien, la *obtención formalizada de la verdad*...».

Tal cometido quizá parezca demasiado modesto, e incluso irritante desde perspectivas de *defensa social* a ultranza. Entonces, merecerá la pena recordar las palabras, tantas veces repetidas por los monografistas, del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, en su Sentencia de 14 de junio de 1960, en el caso conocido como «de la cinta mag-

netofónica...»: «...No es... un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. En efecto, esta opinión jurídica tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos, para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado...».

Por otro lado, aquella primera desazonante sensación puede verse apaciguada, si se repara en que, en interés de la eficacia del proceso y de la seguridad jurídica, el procedimiento de búsqueda de aquella verdad material está sometido, por principio, a drástica restricción, en comparación de los demorados métodos de *falsación*, usuales en los trabajos de las Ciencias experimentales. A ello, habrá que añadir el no menos contundente *fraccionamiento* que se considera inevitable en el juicio humano, pero que deja subsistente un riesgo de error de valoración, por descontextualización del hecho enjuiciado.

A comienzos de siglo, en 1903, Ernst Beling publicó una obra precursora, con el largo título «Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal». En él se compendia el método de aproximación al tema que le servía de objeto. Los órganos de la Justicia penal tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, y el poder de tomar cuantas medidas conduzcan, con éxito, al logro de tal objetivo. Sin embargo, semejante poder no es ilimitado, sino que se detiene ante aquellas prohibiciones de actuar, que expresamente señala la Ley. En nuestros días, se cuestiona este planteamiento fundado en una regla (la libertad investigadora de la Justicia penal) y en una pluralidad de excepciones (las prohibiciones expresamente establecidas por la Ley). Los monografistas actuales —caso de Sydow— destacan que tanto los órganos públicos (policiales y judiciales) como los particulares han de acomodarse, en la indagación de los hechos y en la obtención de las pruebas, a los límites derivados del conjunto del Ordenamiento jurídico. Perviven, sin embargo, como telón de fondo, el ideal garantista inspirador de la obra del alemán, y gran parte de la terminología por él acuñada.

El profesor Vescovi expone muy correctamente los términos del problema en el Derecho *continental*, situado en la dramática «...encrucijada que plantea la búsqueda de la verdad en defensa de la Sociedad, y el respeto de fundamentales derechos individuales que pueden verse afectados en esa investigación...»: y, a renglón seguido, recuerda la naturaleza pública de ambos, ya que público, y no meramente privado, es el interés en la efectividad de la tutela de aquellos derechos. Bien claro lo deja el artículo 10.1 de la Constitución española vigente, cuando proclama la dignidad de las personas, y los derechos individuales que le son inherentes, como fundamento —entre otros— del orden político y de la paz social.

Las normas que regulan la prueba adquieren, así, una ambivalencia que, sólo aparentemente, podría parecer paradójica. Al fijar las condiciones en que puede obtenerse y aportarse el material probatorio, sirven a la persecución y castigo del culpable, pero también constituyen una garantía de la observancia

de los presupuestos que configuran el arquetipo del *proceso debido*.

Por eso, la Sentencia 55/1982, de 26 de julio, del Tribunal Constitucional español, contiene una advertencia, luego muchas veces repetida, a saber, que la afirmación interina de inocencia, consagrada por el artículo 24.2 de nuestra Ley Fundamental, sólo puede ser enervada por prueba «...que haya llegado con las debidas garantías al proceso...».

Estas garantías atañen a dos momentos muy diversos, como son la obtención de los elementos que permiten la reconstrucción de lo acaecido, y su introducción en el proceso, para que funcionen como medios de prueba.

Carnelutti propuso una distinción, que terminó por hacer fortuna entre los procesalistas españoles, de la mano de Sentis Melendo.

El relato que, de lo ocurrido, hacen un testigo, o el mismo imputado, o su reflejo en un documento, entendido en sentido amplio, evocan su imagen en el juzgador. Su *eficacia representativa* traslada ante éste el segmento de realidad que ha de recrear, ayudándole en una tarea que, como bromeaba Capograssi, tiene algo de *taumatúrgico*, pues consiste en «...*far rivivere quello che non vive più...*». Algo similar acaece cuando el juez percibe, de forma personal o inmediata, la apariencia externa de una persona, una cosa o un lugar que guardan relación con el hecho enjuiciado. El imputado, el testigo y el documento, puesto que proporcionan afirmaciones instrumentales, y el objeto de la percepción son *fuentes de prueba*.

El concepto es extrajurídico, y aquéllas tienen una existencia anterior al proceso. Por el contrario, el *medio de prueba* tiene una naturaleza eminentemente *juridicoprocesal*, y atiende al mecanismo de incorporación de una fuente de prueba al proceso, para que pueda producir, en él, su eficacia demostrativa del dato alegado.

Partiendo de esta dualidad conceptual, los especialistas han elaborado minuciosamente catálogos y clasificaciones de prohibiciones probatorias, y se han esforzado por determinar los efectos que produce la infracción de cada una de ellas.

Es preciso distinguir tres tipos de problemas muy distintos.

En primer lugar, se puede aislar una serie de materias excluidas como objeto de cualquier actividad investigadora o probatoria. La eventual prohibición recae sobre el mismo tema de la prueba. Son ejemplos tópicos, el ámbito cubierto por la legislación de *secretos oficiales*, tan de actualidad, a raíz del debate sobre el control de los denominados *fondos reservados*.

No es equiparable la invocación del privilegio de no declarar, conferido a ciertas personas, en atención a su actividad (secreto profesional) o a su relación familiar con el imputado, y que puede vincularla con un auténtico deber de no revelación. Los *privilegios* dificultan, sin duda, la investigación y prueba de un hecho, pero no entrañan necesariamente su clausura como tema de prueba, ya que puede ser acreditado por otros medios.

La obtención de fuentes de prueba plantea una segunda batería de cuestiones.

Su adquisición puede estar, o no, legalmente formalizada.

En caso positivo (como ocurre cuando se lleva a cabo una investigación preprocesal, sea policial o fiscal, o una actividad de instrucción judicial), ha de efectuarse con arreglo a unas normas de procedimiento preestablecidas. Si resultan comprometidos derechos o libertades fundamentales, en defecto de consentimiento de su titular (siempre que sean disponibles) será preciso acudir a la homologación judicial del acto adquisitivo que los anule o restrinja. Justamente, esta posibilidad de legitimación por control judicial previo reduce al máximo el radio de acción del estado de necesidad justificante.

Cuando, en cambio, el logro de las fuentes de prueba constituye una actividad privada, su desarrollo está sometido a los mismos límites que cualquier otra de la misma clase.

Las prohibiciones probatorias derivan, en este plano, de las normas —constitucionales u ordinarias— que establecen procedimientos concretos para la obtención formalizada de las fuentes de prueba, excluyendo cualquiera otros: o que configuran el marco de la libre actuación de los particulares.

«...En el Derecho francés... al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro legítimo de conservaciones telefónicas (así en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955)...». Con estas palabras, sintetiza la situación, en el país vecino, la Sentencia 114/1984 de nuestro Tribunal Constitucional.

Los procesalistas concuerdan en admitir —en términos que coinciden casi a la letra con la doctrina del Tribunal Supremo federal alemán— en que «...aunque el objetivo capital del proceso represivo sea el descubrimiento de la verdad, ésta no puede investigarse por no importa qué medios. A la dignidad de la Justicia y al respeto que debe inspirar, importa que no se admita ningún medio de prueba que atente a los valores fundamentales de la civilización...». Sin embargo, falta una construcción doctrinal elaborada sobre las consecuencias de este principio.

«...En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"— en la Sentencia número 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley número 98 de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional, la Sentencia de la Corte declaró que «...el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas, interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada...». Hasta aquí, el resumen contenido en la Sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional.

La inutilizabilidad de material probatorio de origen espurio se asienta en la generalización del criterio consagrado por el artículo 13.3 de la Constitución italiana, que, para el caso de ausencia de convali-

dación de ciertas medidas cautelares irregulares, establece que «...restano privi di ogni effetto...». La Sentencia número 175, de 2 de diciembre de 1970 del Tribunal Constitucional italiano, declaró que «...el canon según el cual al juez le está permitido apreciar según su experiencia el valor del material probatorio, presupone que no se trate de pruebas prohibidas por la Ley...»

Hay mecanismos de obtención de ese material, que se excluyen radicalmente, por reputarse atentatorios contra la dignidad de la persona o contra algunos de sus derechos fundamentales más valiosos, hasta el punto de no ser disponibles por su titular.

Así se explica la prohibición de aprovechamiento de datos conseguidos mediante malos tratos, agotamiento, violencia corporales, administración de fármacos, tortura, engaño o hipnosis, o que menoscaben la memoria o la capacidad de comprensión. En esta línea se mueven los artículos 136, a) de la ley Procesal Penal de la República Federal Alemana, y 126 del Código de Procedimiento Penal portugués de 1987.

En otros casos, la prohibición no es tan absoluta. Se procede, entonces, a una ponderación de los intereses en juego, como propone la doctrina alemana del *entorno jurídico*.

Así, está muy difundida la opinión —que sostiene, en Italia, Trocker —según la cual no puede utilizarse prueba adquirida con vulneración de derechos y libertades consagrados constitucionalmente como fundamentales.

Seguramente, la zona más conflictiva ha sido la que roza la tutela de la intimidad y del secreto de las comunicaciones. En la República Federal Alemana, el Tribunal Supremo Federal culminó una atormentada evolución de más de un cuarto de siglo. En 1955, el Tribunal de Basel-Land aceptó como prueba de la infidelidad conyugal, en un proceso por divorcio, la aportación —por el esposo— de unas cartas comprometedoras, obtenidas subrepticamente, tras un registro de los efectos personales de su consorte. En 1960 y 1964, respectivamente, las sentencias de la cinta magnetofónica y del diario (como son conocida vulgarmente), rechazaron la utilización de una grabación clandestina de una discusión conyugal, y los datos contenidos en un diario íntimo sustraído al titular.

En Italia, la sentencia número 34, de 6 de Abril de 1973, del Tribunal Constitucional, cerró el paso a la admisión de información procedente de una interceptación telefónica ilegal. Su doctrina provocó la reforma del Código de procedimiento Penal, por ley número 98, de 8 de Abril de 1974, y el artículo 191.1 del nuevo Ordenamiento procesal de 1988, dispone que «las pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas por las leyes, no pueden ser utilizadas».

En cambio, está muy difundida la opinión que admite la prueba aportada con violación del derecho de propiedad (que no es tenido por *fundamental*) con independencia de la responsabilidad en que haya podido incurrir el sustractor.

No faltan especialistas —como Vigoritti— proclives a trasladar al Derecho continental la distinción norteamericana entre pruebas adquiridas ilegítima-

mente por funcionarios estables (prohibidas) y por particulares (admisibles); pero se trata de un extremo controvertido, y la Jurisprudencia de la República Federal Alemana repudia esta discriminación.

No menos polémica es la aceptación de la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*, o de la *eficacia a distancia (Fernwirkung)* o refleja de una prohibición probatoria, a la que parece haber cerrado el paso la sentencia del 14 de Diciembre de 1957, del Tribunal Supremo italiano. En ella se tomo en cuenta información lograda regularmente a partir de otra, conseguida en el curso de una detención prorrogada ilegalmente. Los nuevos textos procedimentales de Italia y Portugal no resuelven expresamente el problema.

El tercer nivel consiste en la introducción de material probatorio en el proceso, a través de los correspondientes medios de prueba. Es una actividad siempre legalmente formalizada. Normas materiales y procesales convergen para delimitar las condiciones de incorporación de aquel material y de la práctica de estos medios, y las prohibiciones probatorias consiguientes.

Especial interés ofrecen las normas que garantizan la observancia del principio de contradicción, sobre todo, a propósito de la admisibilidad del denominado *testimonio indirecto*, o *prueba de la gente de confianza* o del *hombre-conexión* (V-Mann o V-Leute). Los confidentes de la policía no comparecen a testificar, pero lo hacen los funcionarios policiales que entraron en contacto con aquellos y les proporcionaron los datos (en uno de los casos más conflictivos, la participación del acusado en una conferencia en la República Democrática Alemana). Inicialmente, el Tribunal Supremo Federal no puso objeciones a su admisibilidad, porque, se argumentaba, las partes pueden interrogar a los testigos de referencia, y criticar, e juicio, los resultados de la prueba. Sin embargo, pronto se cayó en la cuenta de la falacia de este argumento, por lo que comenzó a reclamarse la confirmación de este medio probatorio por toros dados derivados del juicio. Recientemente, el Tribunal Supremo Federal, en Auto de 17 de Octubre de 1983, ha exigido, para que pueda tomarse en consideración la prueba, que conste en autos la identidad del testigo, lo que, en la práctica, puede conducir al arrumbamiento de este tipo de modalidad probatoria.

El artículo 195 del nuevo Código Procesal penal italiano, a propósito del testimonio indirecto, insiste en el criterio adoptado por el 349 del hasta ahora vigente. En él se disponía que el juez no podía obligar a los oficiales y agentes de policía judicial a revelar los nombres de las persona que les hubieran proporcionado noticias, pero tampoco puede recibir a ellos, bajo pena de nulidad, los informes de esas personas cuyos nombres no consideran conveniente revelar. Ahora se prohíbe taxativamente a los oficiales y agentes de la policía judicial deponer sobre el contenido de las declaraciones adquiridas por testigos.

«...La resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de Noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austriaco... acuerdo que no había implicado violación del art.

6.1. de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por el Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente... este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose llamado a decidir sobre la vulneración o no del art. 6 del mismo texto, limito a este objeto específico su acuerdo...». Así lo explica la Sentencia 114/1984 de nuestro Tribunal Constitucional. El Comité entendió, con todo, ue la utilización de una prueba prohibida constituía una violación del derecho a una audiencia ecuanime (*fair hearing*) garantizado por el art. 6.1. de la Convención.

Más recientemente, en el caso *Schenck*, La Sentencia de 12 de Julio de 1988, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, volvió sobre el problema. En la mejor tradición de la novela negra, un marido, deseoso de desembarazarse de su esposa, contrató los servicios de un antiguo legionario, a quien supuso, erróneamente, capaz de todo por una cantidad de dinero suficientemente elevada. Una interceptación clandestina de una conversación telefónica mantenida entre Schenck y su fallido sicario, puso al descubierto la trama. La sentencia estimó que, en cuanto el Tribunal penal había explicado que sólo había fundado parcialmente su convicción en aquella escucha ilegal, no podía concluirse que la condena e hubiese fundando exclusivamente en un medio de prueba ilegalmente obtenido. Cuatro miembros del Tribunal, entre ellos un español, el profesor Carrillo Salcedo, disintieron del parecer de la mayoría. Su argumento es exactamente el inverso al de ésta: «...aun si lo jueces... se apoyaron en «elementos distintos del registro...», no s menos cierto que lo aceptaron como medio de prueba, y que fundaron «en parte» su decisión sobre la cinta litigiosa...». Por ello, concluyeron que se había producido una violación del derecho a un proceso limpio (*équitable*), garantizado por el artículo 6 de la Convención Europea de 1950.

III

En España, los problemas comienzan a la hora de precisar si nuestro Ordenamiento se inspira en un principio de libertad o en el de taxatividad de los medios de prueba admisibles.

Los monografistas parecen mayoritariamente conformes en que los sistemas investigatorios que van introduciendo los sucesivos avances tecnológicos caben sin mayor violencia, en los arquetipos tradicionales de medio de prueba. Los más novedosos de registro audiovisual (cinta magnetofónica, fotografía, cinematografía, video), caben, seguramente, dentro de los márgenes de una interpretación evolutiva del *documento*; o su contenido puede ser objeto de percepción judicial inmediata.

La Sentencia de 30 de Noviembre de 1981, de la Sala 1-ª del Tribunal Supremo, se alinea con una posición restrictiva, al parecer partícipe, en mayor o menor grado, de esa *neofobia* que tan ásperamente

rechazaban Bellavista y Tranchina, por obstructora del progreso de la ciencia procesal. La corrección del rumbo llegó con la Sentencia, de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 5 de Julio de 1984, que toma en consideración, a efectos probatorios, los datos recogidos en una cinta de video.

La solución que se propone, en cada caso, para los problemas de la prueba ilícitamente obtenida está estrechamente vinculada a la propia toma de posición sobre los más generales de la moralización del proceso, y a la opción en la alternativa entre el interés en la reconstrucción fiel del caso, y la plenitud de la tutela de los derechos y libertades fundamentales, inherentes a la persona humana.

Así, el profesor Muñoz Sabaté, adhiriéndose a la opinión de Furno, defiende que «...la prueba es un hecho amoral...», y escribe, con profundo escepticismo: «...Ciertamente, la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo el juicio de admisibilidad, como dice Cordero, en una escolta avanzada en favor de determinados intereses ajenos al proceso... cuando Odilon Barrot dogmatizaba afirmando que las fuentes de donde la Justicia obtiene sus elementos de convicción deben ser puras, tal vez no pensaba que nuestra concepción del proceso como lucha es la menos apropiada para hablar de pureza.»

Dos de los más reputados procesalistas españoles, los profesores Guasp y Prieto-Castro, hacen prevalecer el interés en la exacta reconstrucción del caso —imprescindible para alcanzar el ideal de Justicia— sobre cualquier otra consideración.

Sin embargo, parece imponerse el criterio que estima que la actividad procesal tiene —como la lucha, como la guerra— sus reglas del juego, impregnadas de eticidad, que impiden legitimar —apelando a una suerte de maquiavelismo judicial— cualquier medio, en aras de la obtención de la *verdad material* y de la justa solución del conflicto. Se vuelve la mirada, en alguna resolución más que centenaria, al principio que, en Derecho Romano, proscribía el aprovechamiento de los resultados del propio comportamiento torticero, y se invoca la nulidad o anulabilidad resultantes de la oposición frontal a una Ley, o de las actuaciones encaminadas a defraudarla.

La prohibición de empleo de un procedimiento de adquisición de una fuente de prueba, o la fijación de los límites que la condicionan provocan el rechazo de aquel material logrado con infracción de una u otras, como *prueba ilícita*, conseguida con quebranto de una *prohibición (absoluta o relativa) de método de investigación*.

Aun cuando no faltan quienes opinan que cualquier vulneración de una norma legal (constitucional u ordinaria), e incluso, en determinadas circunstancias, de un principio general de Derecho, bastaría para rehusar la admisión de la información obtenida, la perspectiva de la ponderación de intereses ha generalizado el criterio que restringe ese efecto radical a la que afecta a derechos y libertades tutelados, constitucionalmente, como fundamentales.

Sobre esta base construyen los monografistas españoles el cuadro de prohibiciones probatorias,

absolutas o relativas, de adquisición y de incorporación, de medio o de procedimiento de prueba.

Unas, encuentran su razón de ser en la protección absoluta que se reconoce a ciertos derechos y libertades fundamentales.

La vida, la integridad física y la salud mental de una persona quedan por completo a resguardo. Constituye una constante la proscripción, incluso con rango constitucional e internacional, de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.

El respeto a la dignidad de la persona, a su salud y a su libertad han conducido a la absoluta prohibición de métodos de interrogatorio mediante narcoanálisis. La protección es tan fuerte que la prohibición opera incluso mediando el consentimiento de la persona sobre quien se practica el experimento.

La Sentencia de 22 de mayo de 1982, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afrontó lo que los medios de comunicación llamaron «el crimen de la playa de Los Castros», que agitó la vida local de un pueblo de la costa lucense, allá por el otoño de 1976. La Defensa del acusado propuso que se recibiera declaración a éste, después de haber sido tratado con *pentotal* u otro fármaco semejante. La Audiencia Provincial denegó la práctica de esta prueba, y lo condenó como autor de un delito consumado de homicidio. El Tribunal Supremo, tras extenderse en largas consideraciones, rechaza —sin excepciones— la admisibilidad del narcoanálisis, porque supondría «...un desprecio de la persona humana, en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano...». Al final, después de tanto derroche de artillería dialéctica, este motivo de recurso fue desestimado por consideraciones colaterales, recordando habilidosamente que el Tribunal pudo tener en cuenta otros medios de prueba. La cuestión central quedó, pues, a la postre, irresuelta. Aun cuando una aplicación racional de la afirmación interina de inocencia, consagrada por el artículo 24.2 de nuestra Constitución, podría contribuir eficazmente a solucionar al menos buena parte de los posibles problemas, flota en el aire la pregunta, inquietante, y no exenta de perversidad, de Carnelutti: el imputado que puede suministrar con esos experimentos sobre su propio cuerpo la prueba de su inocencia, ¿debera ser condenado en homenaje a su libertad?

Cuando aparecen comprometidos, por las necesidades de la investigación, otros derechos y libertades fundamentales, la técnica de la ponderación de intereses da lugar al establecimiento de lo que se denominan prohibiciones relativas de métodos de investigación. Se fijan incluso constitucionalmente unas condiciones precisas de legitimación del sacrificio de los implicados. La privación cautelar de libertad, y el interrogatorio del imputado, la entrada y el registro en el domicilio de particulares, la interceptación de sus comunicaciones y las intromisiones en su intimidad son otras tantas muestras de condicionamiento de la obtención de fuentes de prueba, que comporta la consiguiente prohibición de cualquier otra no ajustada a ellas.

La cruzada contra el narcotráfico ha permitido descubrir —como contrapunto a la línea evolutiva estudiada por Foucault— que el poder del Estado sigue manifestándose, aún en nuestros días, sobre la

materialidad del cuerpo del imputado, en la medida en que puede suministrar información valiosa para la investigación del delito.

La Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, analizó la constitucionalidad de las inspecciones de las cavidades vaginal y anal, en averiguación de una posible ocultación, en ellas, de drogas o estupefacientes, y fue objeto de una apasionada controversia. Sus líneas fundamentales pueden resumirse en los puntos siguientes:

primero: Un reconocimiento médico o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución. No es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución.

segundo: Un reconocimiento médico o radiológico, realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

tercero: La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento... con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad.

cuarto: Una orden judicial como esa contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye en línea de principio el núcleo de un delito de desobediencia.

La Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre estos reconocimientos corporales (a propósito, sin embargo, de una investigación de un delito de aborto), fijando la siguiente doctrina:

«La Constitución garantiza la intimidad personal (artículo 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídicopúblicas, que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad...».

«...El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona...».

«La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto...».

Siempre es preciso que preceda resolución judicial motivada (auto). Este método extremo de inves-

tigación no puede, pues, ser utilizado por el aparato policial.

Lo es, también, «...que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*.» teniendo en cuenta «...la regla de la proporcionalidad de los sacrificios... de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho...».

Frente a la resistencia caben: «...la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa...» (delito de desobediencia); y «...la valoración que de [su negativa]... quepa hacer en relación con los indicios ya existentes...».

La sentencia agrega: «...en ningún caso, [pueden practicarse estas investigaciones] mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución...» La salvedad hecha por el Tribunal Constitucional permitiría la utilización de medios coactivos para practicar otras investigaciones, cuando la intensidad de su repercusión sobre el derecho a la intimidad o a un trato digno no sea tal que haga ceder el interés público en la persecución y castigo de un posible delito. Tal acontece con la participación en ruedas de reconocimiento, obtención de fotografías o de impresiones ofoscópicas, estudiadas con detenimiento por el magistrado Garzón Real. Es, éste, campo idóneo para la aplicación de la diferenciación de esferas, o del «entorno jurídico», desarrollada por los especialistas y por la doctrina jurisprudencial federal alemana. La analogía con las comprobaciones alcoholimétricas permite aplicar la doctrina constitucional a propósito de su compatibilidad con otros derechos y garantías, especialmente a la no autoinculpación.

Los ámbitos de protección del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad se encuentran bien delimitados merced a las pautas proporcionadas por la legislación ordinaria, dictada en desarrollo de los preceptos constitucionales, y de una progresiva tarea de concreción jurisprudencial.

El artículo 7 de la Ley Orgánica número 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, delimita las conductas que constituyen una ilegítima intromisión en esas esferas constitucionalmente tuteladas.

Algunos de estos ilícitos están, a su vez, tipificados como infracción penal, lo que refuerza su rechazo. Así ocurre con la colocación ilegal de escuchas telefónicas (artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal); o con el descubrimiento y revelación de secretos profesionales (artículos 360, 367 y 368, y 497 a 499 del mismo Código).

A propósito de las primeras, ha quedado bien claro que la reserva cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también el destinatario. Ello significa la proscripción de técnicas de investigación clandestina basadas en el denominado *comptage*, *metering*, *pen register* o *tarifadores*, aparatos que permiten conocer el segundo, aunque no quede constancia del primero. La Sentencia 114/1984, del

Tribunal Constitucional, así lo recuerda; y, terciando en la controversia desatada entre los teóricos, vino, en cambio, a resolver, en sentido similar a la Jurisprudencia norteamericana, la inobjetabilidad del *bugging*, o técnica de observación y registro de una conversación, captada por un aparato del que se sirve uno de los interlocutores, incluso sin conocimiento del otro.

En cambio, dada la precariedad de la regulación actual de las observaciones telefónicas, se han planteado serias y razonables dudas acerca de si la existente colma las exigencias del derecho al procedimiento, como garantía de la legitimidad de la limitación de un derecho fundamental. La cuestión se desliza así al plano, bien distinto, de las condiciones de introducción del material probatorio en el proceso.

Ninguna prohibición probatoria expresa se funda en derechos y libertades no tenidos por fundamentales. En particular, se ha venido admitiendo, sin mayores reparos, que la adquisición subrepticia de documentos u otros objetos, en la medida en que vulnera los derechos de propiedad y posesión, podría ser castigada como delito o falta —y aun esto es motivo de debate— pero nada obstaría a la utilización, como medio de prueba, de unos y otros.

La última perspectiva posible es netamente procesal. Ya no se trata de discernir la regularidad de la obtención preprocesal de la fuente de prueba, sino la de su inserción como medio probatorio. A estos efectos cobra un especial relieve la observancia de aquellos requisitos que aseguran el derecho de contradicción de las partes del proceso.

Por eso es meritorio el esfuerzo, del fiscal Martín Pallín, por llamar la atención sobre ciertas normas de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que, durante el período de instrucción, garantizan la efectividad de aquel derecho en la práctica de ciertas diligencias de investigación, cuyos resultados están llamados a funcionar como fuente de convicción judicial.

El tratamiento de las irregularidades intraprocesales en la proposición, admisión y práctica de la prueba, constituye una parcela específica de la normativa sobre nulidad de actos procesales, ahora sistematizada por los artículos 238 a 243 (ambos inclusive) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que componen el capítulo III del Título III de su libro III.

El Tribunal Constitucional comparte esta perspectiva. Su Sentencia 64/1986, de 21 de mayo, enseña que «...es verdad que la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1984 decretó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, y tal doctrina debe ahora reiterarse. Sin embargo, . . . la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se puedan plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión ».

En cuanto a las fuentes de prueba ilegítimamente obtenidas, su inadmisibilidad e inutilizabilidad, cuando vulneran derechos y libertades fundamentales, parece opinión consolidada.

Y vino a ratificarla la fundamental Sentencia 114/1984, de 29 de Noviembre, del Tribunal Constitucional.

Desde la peculiar perspectiva del recurso de amparo, entiende que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, ni se encuentra tampoco una norma expresa que las excluya.

La imposibilidad de estimación procesal de la prueba ilícita puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos; es decir, que aunque la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamental, tampoco puede descartarse en abstracto esta afectación y la consiguiente lesión, pero se producirá sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 C.E.).

Aún careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 C.E.) deriva la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violando un derecho o una libertad fundamental.

«El problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no, cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo plano los intereses ligados a la fase probatoria del proceso.» (FJ 4.2).

«Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado anti-jurídicamente en su provecho quien aha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo artículo 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual, nunca podrá considerarse «pertinente» un medio probatorio así obtenido...» (FJ 5.2).

No deja de preocuparse, el Tribunal Constitucional, por los problemas que pueden derivar del intento de introducir material viciado de ilegitimidad de origen, apelando a la parecuación conjunta de la prueba. «...La lesión hipotética (del derecho a las ga-

rantías procesales)... —se lee en la Sentencia— no se puede descartar... por el hecho... de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que... estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental y sobre ella, pruebas testificables) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de esos instrumentos se producirá siempre por el juez de modo sintético, una vez admitidos, con lo que la garantía... seguirá estando lesionada desde el momento en que pasase a formar parte de ese elenco de medio probatorio, el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma» (FJ 5.3.). Se trata de una reflexión incidental, a la que no acompaña una toa de posición acerca de cuál pueda ser la solución del problema.

Posteriormente, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de Julio del Poder Judicial, estableció que «...En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Esta ilegitimidad de origen de las fuentes que se trata de introducir a través de los correspondientes medios de prueba, acarrea su ineficacia, su inutilizabilidad e inoponibilidad en el proceso, como ya había propuesto Beling, en su monografía pionera, y hoy admiten los monografistas españoles más autorizados.

La ineficacia de la fuente de prueba obtenida ilegítimamente se produce abstracción hecha de sí mismo material probatorio habría podido descubrirse por otro medio. El profesor Vescovi ha puesto al descubierto el salto *lógico* inaceptable, que late en el fondo de esta argumentación: «...se parte de la suposición falsa para obtener un argumento verdadero. En realidad no interesa como se «hubiera podido» obtener, lo cierto es que se obtuvo por medio ilícitos, y la sanción es nulidad...»

La ineficacia de la prueba ilegítimamente obtenida se predicó durante mucho tiempo, exclusivamente de la de cargo. Un clásico de los estudios probatorios, Silva Melero, opta claramente por su admisibilidad *in bonam partem* «es decir, si las conclusiones son favorables al reo, pues como dice Franco Cordero la declaración de inocencia de un inculgado, es demasiado importante para ser sacrificada a los *ídolos* del procedimiento...»

La Magistrada Fernández Prado ha sostenido —una vez en vigor la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985— que su artículo 11.1 no hace distinciones, así que si prohibición alcanza a cualesquiera pruebas ilegítimas, sean de cargo o de descargo.

La solución más segura viene de la mano del principio de ponderación de intereses y circunstancias en juego, en término muy próximos a aquéllos en que se plantea el estado de necesidad como causa de justificación. Habrá, pues, que tener en cuenta: el mal amenazado, a saber, la imposición de una pena injusta. Ello significa atender no sólo la privación o restricción del derecho o derechos afectados por aquélla, sino las repercusiones (estigmación so-

cial, marginación) que puede tener sobre el total desarrollo de la persona humana. Estas consecuencias temidas deberán confrontarse con la lesividad del acto mediante el que se obtuvo la prueba de descargo. A la vez, habrá que recordar el principio que consagra la proscripción de la aututela, salvo la excepciones expresamente previstas por el Ordenamiento, y la situación de positiva indefensión en que pudo hallarse el acusado. Esto último obligará a examinar si se dirigió oportunamente a las instancias encargadas de la investigación, enjuiciamiento y fallo del proceso, interesando la práctica regular de los medios conducentes a lograr aquel material probatorio, y la respuesta institucional a sus requerimiento. Sólo después de estos análisis podrá valorarse si el modo de adquisición de la fuente de prueba ha de rechazarse por ilícito, o si queda a cubierto de alguna causa de justificación.

La inutilizabilidad implica el cierre procesal a la admisión del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido, y, caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente, ni como corroboración o robustecimiento de los resultados de la prueba regular y lícita.

Los especialistas han puesto de relieve la dificultad de que el órgano jurisdiccional pueda prescindir —consciente o inconscientemente— de tomar en consideración el material probatorio viciado, una vez que ha tenido conocimiento de él. La propuesta de Santís Melendo, consistente en, no sólo anular todo lo actuado, sino «...separar el juez que ha intervenido hasta entonces, para que sus sucesor, sin conocimiento de esos elementos probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad...» ha encontrado eco entre los especialistas españoles. El vehículo legal para lograr este efecto, sería hacer aplicación analógica del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que —razona la profesora Pastor Borgoñón— «si haber sido instructor de la causa o haber fallado el pleito en una instancia anterior son razones para que el Juez pueda abstenerse, es debido a que se duda de que, habiéndose formado previamente una opinión sobre el asunto, pueda prescindir totalmente de ella, y formar su convicción sobre otra base...». Esta argumentación cobra singular fuerza, después de la Sentencia 145/1988, de 12 de Julio, del Tribunal Constitucional, recordando las implicaciones de la exigencia constitucional de imparcialidad objetiva del juzgador.

La dicción literal del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial abre un interrogante sobre la admisibilidad, en nuestro Derecho, de la llamada *doctrina de los frutos del árbol envenenado*. El profesor Silva Melero se muestra, en principio, contrario a ella, aunque luego acepte que, si esas pruebas posteriores «... aparecen en auténtica dependencia con la que se considera inadmisibles, la aconsejable sería considerarlas inadmisibles...». El Magistrado De Marino propone, muy cautamente, atender al fundamento de las normas violadas. Así, «... si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, serán válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso, serán ineficaces...», salvo, sugiere, «... los supuestos en

que tales elementos no hubieran podido obtenerse por un procedimiento lícito...».

Muy otra es la opinión de la profesora Pastor Borogón. Para ella, «... la responsabilidad civil, administrativa y penal... es (en estos casos) ...suficientemente grave...». «... El carácter de inviolable que nuestro ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, tiene como consecuencia la nulidad de los actos atentatorios contra ellos —y ello ya es bastante grave—, pero no está nada claro que se deriven también efectos respecto al acto que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros...». No olvida el tenor literal del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero propone una interpretación original. Para ello, parte de la distinción «... entre las prohibiciones probatorias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales en la admisión o práctica de los medios de prueba en el proceso y las resultantes de conductas que violen estos derechos en la labor previa de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba. El desconocer las primeras supondría un atentado directo contra los derechos y libertades básicas, mientras que ignorar las segundas atentaría indirectamente contra ellos...».

La interpretación parece forzada. El precepto legal contempla la fase de obtención de la prueba, y la enlaza —directa o indirectamente— con la vulneración de un derecho o libertad fundamentales. Los artículos 238 y 240 de la misma Ley Orgánica tutelan suficientemente la actividad probatoria intraprocesal frente a aquellas infracciones. Todo lo anterior, claro está, si no se entiende que la obtención abarca lo mismo la etapa preprocesal que la procesal propiamente dicha, y no hay razones convincentes para inclinarse por el significado más estricto.

Este fue también el criterio sostenido por las Sentencias de 4 de junio y de 28 de septiembre de 1987, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. En el curso de un registro policial irregular, se descubrieron armas ilícitamente poseídas. El acusado había reconocido la tenencia. Los funcionarios policiales que practicaron el registro testificaron en juicio. La Audiencia Provincial rechazó la utilizabilidad de los datos procesales del registro ilegal, así como el testimonio que los corroboró (colocándose, así, en las antipodas de quienes, como el Magistrado Del Río Fernández, patrocinan, en aras de objetivos de defensa social, la sanabilidad de la nulidad del registro por la vía de la prueba testifical a cargo de sus autores); pero restaba aún la admisión de los hechos, por el imputado. La Sentencia argumenta así: «... Este Tribunal entiende que dicha declaración es consecuencia íntimamente ligada a la entrada y registro practicados. El acusado sabe que fueron ocupadas las armas y sabe que constan en autos fotografiadas, por lo que reconoce el hecho... Muy distinta es de presumir que hubiera sido su declaración si él hubiera partido de que no había dato alguno relativo a las armas en la casa, ni testigos que pudieran acreditarlo en el juicio oral. No es posible separar rectamente de su declaración la motivación que a ella le conduce y el efecto que en ésta tuviera la prueba ilícitamente obtenida, y lo que por el contrario sí puede afirmarse es que no se produce en condiciones de poder ser aceptada y basar en

ella una condena penal...». La segunda sentencia (en un supuesto análogo al anterior, referido esta vez a tenencia ilícita de armas, así como de drogas) reitera, de forma prácticamente literal, la doctrina ya transcrita. Ambas resoluciones —de la pluma del Magistrado López Barja de Quiroga— parecen un ejemplo de perspicacia psicológica en la crítica del interrogatorio del acusado y constituyen la consagración (aún pendiente de censura en casación) de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida.

El control de la legitimidad de las pruebas queda encomendado al propio órgano jurisdiccional y a las partes procesales. El primero puede, de oficio, repeler, por impertinentes (dado el alcance que a este significativo atribuye la doctrina constitucional) las de origen viciado. Las segundas, ponerlo de relieve impugnando las propuestas de adverso. Muy raramente el Juez o el Tribunal tendrán noticia, por sí solos, de aquella irregularidad; así que la denuncia a instancia de parte adquiere un papel fundamental. Ocurre, empero, que la resolución admitiendo una prueba no cabe sino, a lo sumo, el recurso de reforma (artículos 311.2, interpretado *a contrario*; 659.3 y 792.1 y 2, en relación con el 787, todos ellos, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por tanto, la censura, en una instancia distinta del que decide su incorporación, de la indebida admisión de una prueba ilegítima, queda reservada a la impugnación contra la sentencia misma en que funcionó como base de la formación de la convicción judicial.

Si aquella se instrumenta mediante el recurso de apelación, no habrá, en principio, dificultades procesales, dado la plenitud que caracteriza el juicio revisor, abierto a la depuración de cualesquiera causas de nulidad procesal (artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En cambio, la profesora Pastor Borogón no ha ocultado las dificultades que, a su juicio, venía planteando la necesidad de invocación de un concreto motivo de casación. Finalmente, se inclina por el cauce del artículo 849-2.º (error en la apreciación de la prueba) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El acceso a la vía casacional viene actualmente, facilitado por el artículo 5.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que «... En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional...», configurado, por la doctrina jurisprudencial, como una modalidad diferente de las invocaciones de infracción de la Ley y de quebrantamiento de forma.

Los preceptos comprometidos, según se desprende de la propia Sentencia 114/1984, del Tribunal Constitucional, son los artículos 14 (igualdad entre las partes) y 24.2 (garantías del proceso debido y derecho a la utilización de los medios pertinentes de prueba) de nuestra Ley Fundamental. Con igual base, podrá pretenderse amparo constitucional.

Todo lo anterior responde a una concepción del proceso penal que sintetizo muy bien el profesor Hassemmer: «... la búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas. Los órganos instructorios y los Tribunales disponen de un aparato . (al que) resultaría fácil averiguar la verdad material con mas preci-

sión y plenitud que conforme a un sistema de indagación formalizada de la verdad. Este aparato tiene por su naturaleza y función a una producción más precisa y completa de datos, y hay ejemplos... que evidencian su propensión a desconectarse de las reglas que les dificultan la indagación de la verdad, a satisfacer su interés por ésta mediante la vulneración del Derecho. Sólo un Derecho procesal penal aplicado con respecto estricto a sus normas y son sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que producción del caso penal signifique también la vulneración de la Ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas contituye el *ethos* propio de la fase de producción del caso...». Todos aquellos que se sienten comprometidos en la lucha contra el infierno de la delincuencia, deben tener presentes aquellas palabras asombradas del *Doctor Fausto*: «¡El mismo infierno tiene sus Leyes...!».

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Álvarez-Linera, C. «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *La Ley*, 1987-3
- Asensio Mellado, J.M. «La prueba Garantías constitucionales del artículo 24.2», en *Poder Judicial* (2.ª época), número 4, diciembre 1986.
- Asensio Mellado, J.M. «Los métodos alcoholimétricos en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, 1986-2
- Belling, E. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*. Breslau, 1903.
- Calamandrei, P. *Proceso y democracia*. EJE.A. Bs. Aires, 1960.
- Cappelletti, M. «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJE.A. Bs. Aires, 1972.
- Cappelletti, M. «Espionaje telefónico y derechos del hombre» en *Proceso, ideologías. Sociedad*. EJE.A. Bs Aires, 1974
- Carnelutti, F. *La prueba civil*. Bs. Aires, 1955.
- Carnelutti, F. *Lecciones sobre el proceso penal*. EJE.A. Bs. Aires, I. 1950
- Carreras, J. «Proceso, guerra y juego», en Fenech, M. y Carreras, J. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona. Librería Bosch, 1962.
- Carter, P.B., *Cases and Statutes on Evidence*. London. Sweet and Maxwell, 1981.
- Cordero, F. «Prove illecite nel processo penale» en *Tre studi sulle prove penali, scrittura e oralità*. Milano. Giuffrè, 1963.
- Cowsill, E. & Cleg, J. *Evidence: Law and Practice*. Longman. London, 1987
- Cross, R., *Evidence*. London, 1958.
- Cuesta Rute, J.L. de la «Las cintas magnetofónicas en la prueba», comentario a la Sentencia de 30 de noviembre de 1981. *La Ley*, 1982-1
- Chiovenda, G. *Las formas en la defensa judicial del Derecho*, Buenos Aires, 1949
- Dahrendorf, R. *Law and Order*. London. Stevens & Sons, 1985
- Denti, V. «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador» Ponencia general al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1972, núms. 2-3.
- Devis Echandi, H. «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1972-1.
- Díaz Palos, F. y Latour Brotons, J., en «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*. Presidencia del Tribunal Supremo Secretaría Técnica. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1985
- Fanchiotti, V., «Spunti per un dibattito sul plea bargaining», en Amodio, E. y Cherif Bassiouni, M. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano. Giuffrè, 1968.
- Fenech, M. *Derecho Procesal Penal Labor* Barcelona, 1960
- Fernández Prado, M., «Especial referencia a la posibilidad de admitir en un proceso penal pruebas ilícitas» Comunicación a la V.ª Ponencia de las *Jornadas* de Madrid Marzo de 1987
- Ferrajoli, L. «Il caso "7 aprile". Lineamenti di un processo inquisitorio», en *Der delitti e delle pene*. I 1. 1983, págs 195 y ss
- Ferrajoli, L. «L'imputato come nemico un topos della giurisprudenza dell'emergenza», en la misma revista, I 3 1983, págs. 581 y ss
- Gallini, C. «Il corpo e la sua immagine forme del potere penale», en *Der delitti e delle pene* III 2. 1985
- Garzon Real, B. «Análisis específico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales Ruedas de reconocimiento Toma de huellas Toma de fotografías», en *Actualidad Penal*. 1989, número 25, 19-25 de junio.
- George jr. B.J. «La fase anterior al dibattimento», en *Il processo...* cit. Gimeno Sendra, V. «El derecho a la prueba. alcoholemia y prueba prohibida», publicado en *La Ley* 1984-4, como «Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos», y recogido en *Constitución y proceso»* Tecnos, Madrid, 1988.
- Gil Martín, M. «Aportación al proceso de pruebas obtenidas mediante modernas técnicas-Valor de las adquiridas ilícitamente» Comunicación a la V.ª Ponencia de las *Jornadas* cits
- Gómez Colomer, J.L. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, Bosch, 1985
- González Guitián, L. «Protección Penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Comentarios a la Legislación Penal*. dirigido por Cobo del Rosal, M., VII «Delitos contra el secreto de las comunicaciones ("escuchas telefónicas") Delitos contra la Hacienda Pública ("delito fiscal")» Madrid, EDESA. 1986
- Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal* Bosch Barcelona, 1984.
- Herrmann, J. «Nuevas orientaciones en la Administración de Justicia penal norteamericana», en *Justicia* 87 III págs 696 y ss.
- Holmes, O.W. *Opinioni dissenzienti*. Giuffrè Milano, 1975.
- Jiménez Campo, J. «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios*. cits
- López Ortega, J.J. «Aplicaciones de la doctrina de la prueba prohibida en la investigación penal», comunicación a la V.ª Ponencia, en *Jornadas de Estudios sobre la Justicia Penal en España*. (Madrid, 24-27 de marzo de 1987)
- Lorente Hurtado, J.L. «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial* 2.ª época, 1, marzo de 1986
- Marino Borrego, M. de, «Las prohibiciones probatorias como límites del derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid, 1983.
- Martín Pallín, J.A., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», en las *Jornadas*, de Cáceres. cits.
- May, R. *Criminal Evidence* London, Sweet & Maxwell, 1986
- Montero Aroca, J., *Introducción al Derecho Procesal* Tecnos, Madrid
- Montero Aroca, J. «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 30 de noviembre de 1981)», en *Poder Judicial*, número 7, junio, 1983
- Montón Redondo, A. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*. Salamanca, 1977
- Montoro, A. *Conflicto social, Derecho y Proceso* Universidad de Murcia, 1980
- Muñoz Sabatés, L.I. «El valor probatorio del telex», en *Revista Jurídica de Catalunya* 1987-4
- Oliva, A. de la y Fernández, M.A., *Lecciones de Derecho Procesal* II. Barcelona PPU, 1984
- Papa, M. «Brevi spunti sulle rules of evidence», en *Il processo* cit
- Pastor Borgoñón, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas» en *Justicia* 86 1986. II.
- Pisani, M. «Note sul diritto delle prove penali», en *Il processo*. . cit.
- Pomarón Bagues, J.M. «La aportación al proceso de las pruebas obtenidas ilícitamente y el secreto de las comunicaciones», comentario a la S.T.C 114/1984. en *La Ley* 1985-2
- Pomarón Bagues, J.M. «El video como prueba», en *La Ley* 1984-4, págs. 750 y ss.
- Río Fernández, L. J. del, «Prueba prohibida posible valor» Comunicación a las *Jornadas* de Cáceres, marzo de 1989
- Ruiz Vadillo, E. «Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral», en *Jornadas de Dere-*

cho Penal Constitucional, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid Madrid, 27 de abril de 1989

Sáinz de Robles, F.C. y Albacar Lopez, J.L. «El derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas...* cit.

Schonke, A. «Límites de la prueba en el derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal* XI, 1955, núm. 3, págs. 374-375.

Sentis Melendo, S. «Fuentes y medios de prueba», en *La prueba*. EJE, Bs. Aires, 1978.

Serra Domínguez, M. «Contribución al estudio de la prueba», en *Revista Jurídica de Cataluña* Marzo-abril, 1962, reproducido en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 355 y ss. (especialmente, págs. 360-361).

Serra Domínguez, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. XVI. EDESA. Madrid. XVI-2º, 1981

Silva Melero, V. *La prueba procesal* Madrid Ed. Revista de Derecho Privado, I 1963

Tiedemann en Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* Ariel Barcelona, 1989

Vázquez Sotelo, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Bosch Barcelona, 1984

Vescovi, E. «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución comparatista a la aproximación entre el "civil law" y el "common law")», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1970-2

Weinreb, LL. L., *Denial of Justice, Criminal Process in the United States* Collier/McMillan/The Free Press, London-New York 1977.

Zacharia, *Handbuch des deutschen Strafprozesses* Gottingen, 1861.