

# LA APARENTE IRRELEVANCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ignacio Sánchez Yllera

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

**Sumario:** 1. Dos consideraciones previas y una conclusión anticipada. 2. La tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. El método de análisis en la jurisprudencia TEDH. 4. El carácter absoluto de algunos derechos reconocidos en el CEDH. Su incidencia sobre la prueba ilícita. A. El derecho a no padecer torturas ni tratos degradantes (Caso Jalloh). B. Una primera y reciente brecha en la regla absoluta: la posterior confesión como fuente independiente de prueba (Caso Gafgën). C. La vulneración de las garantías frente a la autoincriminación (Caso Allan). 5. La desvalorizada tutela del derecho a la vida privada frente a intromisiones no previstas por la ley. 6. Tesis perdidas: votos discrepantes en defensa de la tutela de los derechos humanos. 7. La recepción de esta doctrina por el Tribunal Constitucional en el caso de las intervenciones telefónicas (STC 49/1999).

“Tanto la decencia, como la seguridad y la libertad exigen que los agentes de la autoridad sean sometidos a las mismas reglas de conducta que se imponen al resto de ciudadanos. En una sociedad gobernada por las leyes, la existencia misma del Gobierno se pone en peligro si deja de observar escrupulosamente la ley. Nuestro Gobierno es el maestro más poderoso y omnipresente. Por suerte o por desgracia, enseña a todos con su ejemplo. Y la decisión de delinquir es contagiosa. Si el Gobierno incumple la ley, siembra la semilla que hará que la ley sea despreciada; con ello invita a cada ciudadano a comportarse de la manera que le parezca; favoreciendo así la anarquía. Decir que, en la administración de la ley penal, el fin justifica los medios; afirmar que el Gobierno puede cometer delitos con el fin de conseguir la

condena de un delincuente, traerá consigo terribles consecuencias. Esta Corte Suprema debiera plantar cara a tan perniciosa doctrina”. (Voto disidente del Juez Marshall, en el Caso Olsmted v. US; 277 U.S. 438, 485 [1928]).

## 1. DOS CONSIDERACIONES PREVIAS Y UNA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

a. Desde la aprobación de la Constitución de 1978 (en adelante CE), el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH) es materia obligada para cualquier jurista a quien interese o deba manejar en su quehacer diario el contenido de los derechos fundamentales. Desde luego, lo es para todos quienes trabajamos en la jurisdicción penal, pues “al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases —iniciación; imputación judicial; adopción de medidas cautelares; sentencia condenatoria; derecho al recurso, etc., se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece, la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado” (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ5).

No es sólo una recomendación que formulo; también es un mandato recogido en el art. 10.2 CE., conforme al cual “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Uno de esos Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos —el principal, a efectos prácticos— es el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su art. 19 instaura el TEDH como órgano de garantía “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos”. Al TEDH le corresponde la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos a través de la resolución de todos los asuntos que sean sometidos a su consideración (art. 32). Desde 1999 cualquier particular de los Estados miembros puede acudir al TEDH después de agotar la vía nacional. El art. 47

CEDH compromete a los Estados firmantes “a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. España asumió la competencia del Tribunal como consecuencia de la ratificación del CEDH, en virtud de instrumento de fecha 4 de octubre de 1979. A diferencia del resto de Tratados internacionales en la materia<sup>1</sup>, el Convenio Europeo —al igual que el Tratado de la Unión Europea<sup>2</sup>— cuenta con un órgano *ad hoc* de garantía e interpretación jurisdiccional del Convenio, cuya jurisprudencia determina y delimita el contenido mínimo de los derechos en él reconocidos. Existe, por tanto, lo que se ha venido a llamar un *double reenvío*: la Constitución remite al CEDH y éste a la jurisprudencia del TEDH.

Creo que la relación de la cultura jurídica española con la jurisprudencia del TEDH es ambivalente. Su doctrina se cita copiosamente en reflexiones doctrinales y alegaciones jurídicas, se incorpora en la jurisprudencia como apoyo o justificación de las decisiones que se toman, pero sigue siendo una gran desconocida más allá de la solución dada a casos concretos.

A ello pueden contribuir diversas circunstancias. No es fácil para un jurista español conocer sus resoluciones (pese a la magnífica base documental HUDOC<sup>3</sup>), pues el TEDH se expresa en idioma francés e inglés y, desde hace más de una decena de años, ninguna institución pública española ha considerado pertinente dedicar el necesario esfuerzo presupuestario a su traducción auténtica e íntegra.

De otra parte, en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando declaran la existencia de violación del Convenio, las resoluciones del TEDH no producen efectos concretos sobre el pronunciamiento condenatorio impugnado. Pese a ser “cosa interpretada” en el ámbito del CEDH, no rompen la “cosa juzgada” del caso nacional que analizan, pues lo decidido en este ámbito se mantiene firme e inalterado. No existe mecanismo jurídico expreso en nuestro ordenamiento que permita trasladar al caso las consecuencias concretas de un pro-

nunciamento del TEDH que condene al Estado español (a su sistema jurídico) salvo que la sanción que le fue impuesta al recurrente sea actual y privativa de libertad<sup>4</sup>. El Tribunal Supremo ha cerrado también el recurso de revisión a esta eventualidad, a pesar de la recomendación implícita que el Tribunal Constitucional hizo en la STC 150/1997, de 29 de septiembre, sobre los cambios jurisprudenciales que acogían interpretaciones jurídicas más favorables. Y las enfáticas manifestaciones de la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ. 3, mantienen su ímpetu, pero han sido acompañadas de la más absoluta pasividad legislativa en los más de 20 años que ya han transcurrido desde que se dictaron.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, enfrentado a una petición de anulación de una condena penal que el TEDH había considerado contraria al Convenio (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ2, Caso Bultó): “El reconocimiento por España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas sobre la violación de los derechos humanos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 25 del Convenio, y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, sin embargo, que las Sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. [...] Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de

acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bien tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación perfecta de las consecuencias de la resolución o Sentencia estatal. Según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria.”.

Por tanto, en esta materia, más allá del compromiso formal, no tutelado jurídicamente, de prevenir futuros incumplimientos, hemos avanzado bien poco. Sí debo destacar que la letra e) del art. 660 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en julio de 2011 por el Consejo de Ministros, sí recoge esta previsión, al establecer que existirá motivo de revisión “*f) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas del Convenio, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena*”. Pero tal previsión es hoy letra muerta, dado que su tramitación decayó al agotarse la pasada legislatura.

A lo expuesto se une que la forma de razonamiento del TEDH es poco proclive a formular reglas, pues prefiere ir resolviendo casos concretos a través de métodos estables de análisis. Incluso el propio “*nomen iuris*” de los derechos analizados no es coincidente en

todas las culturas jurídicas europeas, lo que en ocasiones dificulta la debida comprensión de su jurisprudencia. Es paradigmática, en este sentido, la complicada y confusiva equiparación que a veces se realiza en España entre el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Por último, habría que hacer referencia a su compleja arquitectura institucional, a la necesidad de aunar diversas concepciones culturalmente dispares. El Tribunal inició su andadura en 1959. En aquel momento, pese a la devastación que los totalitarismos habían causado en Europa en las dos décadas anteriores, sólo 12 países europeos habían ratificado el CEDH formalizado 9 años antes. El telón de acero seguía firmemente echado abajo, mientras España y Portugal vivían bajo regímenes políticos autoritarios. El Convenio suponía una decidida apuesta por ideas y valores que hoy forman parte de nuestro paisaje cotidiano: la democracia, las libertades y el Estado de Derecho. Esa apuesta permite afirmar que la idea de Europa no hace referencia únicamente a un espacio geográfico, a un continente, sino sobre todo —como se ha dicho— “a una forma de civilización; a una tradición crítica ilustrada y tolerante de pensamiento fundada en la razón, la libertad y la confianza en el individuo”.

El CEDH expresaba una aspiración política y constituyó un punto de encuentro de culturas jurídicas diferentes, singularmente la anglosajona y la continental. Tanto su contenido como la jurisprudencia que lo interpreta tratan de respetar, mantener y establecer —quizás con excesivo pragmatismo— ese mínimo común denominador que nos identifica, congrega y aúna: la idea de Europa a la que hice referencia.

También por esta razón, además de las que apuntaré a continuación, la jurisprudencia del TEDH es y debe ser vista por el jurista como una “jurisprudencia de mínimos”. Lo veremos en materia de prueba ilícitamente obtenida, cuestión en la que su doctrina debe ser com-

plementada por la del Tribunal Constitucional.

b. A tenor del art. 10.2 CE antes citado, que establece la interpretación de la Constitución conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia del TEDH constituye *solo* un estándar mínimo en la interpretación del contenido de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE): es “el orden público europeo en materia de Derechos Humanos” que ningún Estado puede obviar<sup>5</sup>. Los derechos fundamentales no pueden ser interpretados en el caso concreto en contradicción con el CEDH (STC 113/1995, FJ 7). Se trata de una “obligación de resultado” como, con acierto, ha puesto de relieve el profesor SAIZ ARNAIZ.

El Tribunal Europeo ha dicho también en diversas ocasiones que su jurisprudencia es parte integrante del Convenio. Pero no puede olvidarse que las jurisdicciones constitucionales nacionales pueden añadir elementos o contenidos nuevos a los derechos fundamentales; elementos, garantías y contenidos que son propios de cada cultura jurídica nacional, de cada tradición jurídica o de la dicción de sus Constituciones nacionales. Y, de hecho, lo hacen: la necesidad de autorización judicial previa para acordar la limitación de los derechos fundamentales es, paradigmáticamente, uno de los aspectos en los que la diversidad es más evidente en Europa. El Convenio no la establece. Pero muchas Constituciones nacionales sí lo exigen, al menos en determinados derechos. Otro tanto ocurre con la posibilidad de juicio penal en ausencia (vid. STC 91/2000, de 30 de marzo).

Por ello, quiero llamar la atención sobre este aspecto para tratar de conjurar el riesgo de que las “soluciones” que el TEDH da a los casos concretos sean vistas por un jurista nacional como soluciones miméticamente trasladables a la solución de casos en nuestra jurisdicción ordinaria o constitucional (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6). Lo serán “como mínimo aplicable”, pero nunca podrán dejar de tomar-

se en consideración las exigencias añadidas que la ley o la Constitución españolas imponen en el caso analizado<sup>6</sup>.

c. Y precisamente en la materia objeto de esta reflexión —la exclusión procesal de la prueba ilícita, entendiéndola por tal la obtenida con o a partir de la vulneración de derechos fundamentales—, las exigencias del Tribunal Constitucional español están por encima de las del TEDH. Esta es la conclusión anticipada a la que se refiere el título de este epígrafe.

El Tribunal Constitucional contempla la exclusión de la prueba ilícita como un mecanismo obligado de tutela del derecho fundamental vulnerado por la actuación de la autoridad pública —legislativa, administrativa o judicial—. Esta exigencia deriva, en primer término —como ya puso de relieve en las SSTC 114/1984, FFJJ 4 y 5, y 81/1998, FFJJ 2 y 3— de la posición preferente de los derechos fundamentales, de su condición de «inviolables» y de la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndoles efectividad, sus contravenciones. En definitiva (como se recordó en la STC 49/1999) es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos.

Pero además, en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional... “en los casos en que opera, la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías —art. 24.2 C.E.—, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica «una ignorancia de las garantías propias del proceso», comportando también «una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro»

(STC 114/1984, fundamento jurídico 5)”. Por ello, en el caso analizado por la STC 49/1999, se declaró vulnerado no sólo el art. 18.3 CE, sino también el art. 24.2 C.E., pues el debate en que consiste el juicio oral queda viciado y desequilibrado desde que se admite en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos.

Por el contrario, de forma que decepcionará a más de uno, el TEDH no concibe esta regla de exclusión probatoria como una consecuencia necesaria del Convenio en todos los casos en que declara su violación, ni como una exigencia del sistema general de derechos que reconoce, ni como una garantía de su eficacia. Por el contrario, libra inicialmente su solución al Derecho interno de cada Estado firmante y, hasta la fecha, solo en limitados casos su jurisprudencia aprecia la “iniquidad” de la condena cuando viene apoyada en pruebas obtenidas con la vulneración de algunos derechos reconocidos en el Convenio que, de alguna manera, parece considerar absolutos (singularmente, la prohibición de la tortura y el derecho a no autoincriminarse).

Esta consideración limitada de la necesidad de excluir la prueba ilícita no deja de ser llamativa pues, como se sabe, la regla de exclusión tiene origen judicial. Nace en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana en los albores del siglo XX (1914) con el objetivo declarado de afirmar la integridad judicial (la prevalencia de la Constitución) y de reaccionar tanto frente a los abusos policiales, cuya práctica se intenta disuadir privándoles de eficacia (*deterrent effect*), como frente a la pasividad de la acusación pública<sup>7</sup>, que obtiene ventajas de tales prácticas y no persigue penalmente tales abusos.

La mayoría del TEDH no ha considerado imprescindible hasta la fecha la satisfacción de esos objetivos cuando, en el curso de un proceso penal, se han obtenido pruebas con vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio, pese a la importancia capital que su jurisprudencia ha dado siempre a la “pre-

eminencia del Derecho” como regla ordenadora de nuestra convivencia y a la necesidad de evitar los abusos de un Estado policial. Su acercamiento, como expodré a continuación, es más restrictivo<sup>8</sup>.

## 2. LA TESIS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH afirma reiteradamente que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas, dado que el Convenio no regula expresamente la admisibilidad de las pruebas. Se trata de una cuestión no recogida en el Convenio y, por tanto, deferida a la decisión de los Tribunales nacionales de los países signatarios. El Tribunal considera que no puede excluir “en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente”; solo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (Caso Schenk c Suiza, 46). Tal comprobación la lleva a cabo a través de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso en el que sopesa los intereses en juego (balancing o ponderación). Es decir, no hay regla, sino solución caso a caso. Aunque, como veremos, del conjunto de soluciones pueden extraerse algunos criterios comunes.

La afirmación inicial, que descarta que deriven del Convenio reglas sobre admisibilidad de la prueba, es poco más que un juego de palabras que puede llamar a confusión porque, a pesar de que la misma se reitera en sus pronunciamientos, puede constatarse que cuando la denunciada ilicitud de la prueba proviene de un acto del poder público que puede haber desconocido los derechos y libertades protegidos por el Convenio, el Tribunal Europeo sí examina la existencia de la supuesta vulneración así como —en caso positivo y tras analizar el desarrollo del proceso—, si su preeminencia impide su utilización para fundar una condena

penal o, finalmente, si en su conjunto, puede afirmarse que el ciudadano afectado tuvo un juicio justo pese a utilizarse contra él, como argumento o fundamento de su condena, una prueba ilícitamente obtenida.

La doctrina fue expuesta por primera vez en el citado Caso Schenk c Suiza (1988). Y aparece resumida de forma precisa en el Caso Jalloh contra Alemania (STEDH de 11 de Julio de 2006) en los siguientes términos:

§ 94... De conformidad con el artículo 19 del Convenio, [el Tribunal] debe [solo] asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio para los Estados contratantes. En particular, no le corresponde conocer de los supuestos errores de hecho o de Derecho cometidos por un tribunal nacional, salvo y en la medida en que puedan haber lesionado los derechos y las libertades protegidos por el Convenio. Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tales, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno (Sentencias Schenk contra Suiza de 12 julio 1988 [TEDH 1988, 4], serie A núm. 140, pg. 29, aps. 45-46 y Teixeira de Castro contra Portugal de 9 junio 1998, Repertorio 1998-IV, pg. 1462, ap. 34).

§ 95. No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas —por ejemplo, las practicadas ilícitamente— pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. *La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo, lo que implica un examen de la «ilegalidad» en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma* (ver, concretamente, Sentencias Khan contra Reino Unido [TEDH 2000, 132], núm. 35394/1997, ap. 34, TEDH 2000-V, P. G. y J. H. contra Reino Unido [TEDH 2001, 552], núm. 44787/1998, ap. 76, TEDH 2001-IX, y Allan contra Reino Unido [TEDH 2002, 64], núm. 48539/1999, ap. 42, TEDH 2002-IX).

§ 96. Para determinar si el procedimiento en su conjunto fue equitativo, hay que preguntarse asimismo si se respetaron los derechos de la defensa. Concretamente se debe indagar si se ofreció al demandante la posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. Hay que tener igualmente en cuenta

la calidad del elemento de prueba, por tanto la cuestión de si las circunstancias en las que se obtuvo hacen dudar de su fiabilidad o exactitud. Si bien no se plantea necesariamente un problema de equidad cuando la prueba practicada no es corroborada por otros elementos, hay que señalar que cuando es muy sólida y no se presta a duda alguna, la necesidad de otros elementos en su apoyo es menor (ver, concretamente, Sentencias Khan [TEDH 2000, 132] y Allan [TEDH 2002, 64], previamente citadas, aps. 35, 37 y 43 respectivamente).

Lo que si es cierto es que el TEDH no se pronuncia nunca sobre si una concreta prueba debió o no admitirse a debate en el proceso previo. De lo expuesto cabe ya extraer una primera conclusión diferenciadora con el modelo español: en la concepción del TEDH, el debate procesal con pruebas lícitas e ilícitas no constituye en si mismo una lesión autónoma de las garantías del juicio justo (art. 6 CEDH).

Pese al carácter restrictivo de su doctrina, no es infrecuente que los ciudadanos acudan al TEDH solicitando que su condena penal se declare contraria a las garantías del juicio justo cuando se ha apoyado, de forma más o menos decisiva, en pruebas obtenidas por las autoridades públicas con vulneración de derechos reconocidos en el CEDH. Por ello, los pronunciamientos al respecto no son inusuales en la jurisprudencia europea.

### 3. EL MÉTODO DE ANÁLISIS EN LA JURISPRUDENCIA TEDH

Ante la alegación de que una prueba obtenida ilegalmente ha sido utilizada en el proceso penal que ha llevado a la condena de un ciudadano, el TEDH se pregunta en primer lugar si la ilegalidad denunciada es una vulneración del Derecho interno del país demandado o constituye una vulneración del CEDH. O si concurren ambas vulneraciones.

A. Si es solo una lesión del Derecho interno (simple ilegalidad) pasa a analizar “en conjun-

to” el proceso en el que se produjo la vulneración, desde la perspectiva del art. 6.1 CEDH (derecho a un juicio justo). Su análisis se extiende, sucesivamente, a las siguientes cuestiones:

a) La perspectiva del derecho de defensa. El TEDH se pregunta si el acusado pudo conocer la supuesta ilicitud y alegar, cuestionar y contra argumentar ante los Tribunales nacionales sobre la denunciada ilicitud. Si la conclusión es negativa, aprecia lesión del art. 6 CEDH. Este es el parámetro decisivo.

b) La perspectiva de la suficiencia o fiabilidad probatoria. Se analiza también si, atendida la naturaleza de la lesión, la prueba es o no fiable. Cuando, pese a su ilicitud, la prueba ilícita es fiable, porque el tipo de lesión no afecta a su autenticidad, la considera siempre apta para justificar una condena.

c) La perspectiva de la decisividad de la prueba. Y cuando la prueba ilícita no es fiable, el TEDH hace un tercer análisis para determinar si la prueba ilícita es prueba única o se encuentra avalada o corroborada por otras pruebas sobre los hechos.

Si se trata de prueba ilícita no fiable pero avalada o corroborada por otras pruebas sobre los hechos, entonces también la considera apta para fundamentar la condena junto con las otras. Y aún más, el hecho de que sea prueba única no significa en si mismo, pese a su ilicitud, que la prueba no sea apta para condenar.

Por tanto, la segunda y tercera perspectivas culminan siempre en la aceptación como procesalmente válida de la prueba ilícitamente obtenida cuando ha podido ser impugnada en el proceso previo.

B. Sin embargo, cuando —específica o simultáneamente— *la supuesta vulneración afecta o se refiere a un derecho reconocido en el CEDH*, el método de análisis y las conclusiones atienden y se apoyan en lo que el Tribunal denomina “*la naturaleza de la violación constatada*”, diferenciándose entonces su razona-

miento en función del derecho afectado y la naturaleza de la vulneración.

Esta forma de razonar, según la cual la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio debe tener distinta trascendencia jurídica en función del derecho afectado y del tipo de vulneración padecida, provoca que las soluciones de los casos hayan sido muy distintas en la jurisprudencia del Tribunal. Tanto es así que se puede afirmar que el TEDH establece una suerte de “graduación o baremación” de la importancia de los derechos reconocidos en el Convenio, así como de las garantías de los mismos.

Las vulneraciones más reiteradamente denunciadas se refieren al derecho a no padecer torturas o tratos degradantes o inhumanos (art. 3), a las garantías frente a la autoincriminación (art. 6), y al derecho a la vida privada (art. 8), en este último caso por la utilización subrepticia, como medio de investigación, de aparatos de escucha y grabación de las comunicaciones.

El Tribunal Europeo considera habitualmente que las condenas basadas en pruebas obtenidas con vulneración material del derecho a no padecer torturas o tratos degradantes, así como del derecho a no autoincriminarse (o mediante la provocación policial al delito<sup>9</sup>), vulneran además el derecho a un juicio justo, incluso cuando la prueba ilícitamente obtenida no es la única manejada en el proceso.

Como veremos, no ocurre lo mismo cuando la vulneración es de otra naturaleza o afecta a otros derechos reconocidos en el CEDH, específicamente el debido respeto a la vida privada de los ciudadanos. En este supuesto la vulneración de alguna de las exigencias convencionales, singularmente la que impone que las posibilidades de limitación del contenido del derecho estén *previstas en una ley nacional de suficiente calidad*, queda realmente sin sanción jurídica alguna.

#### 4. EL CARÁCTER ABSOLUTO DE ALGUNOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CEDH. SU INCIDENCIA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

A. El derecho a no padecer torturas ni tratos degradantes. Pese a admitir en abstracto la posibilidad de que una condena apoyada en pruebas obtenidas con maltrato puede no romper la equidad del proceso (§ 106, Caso Jalloh), la afirmación de que el proceso no ha sido equitativo se ha venido produciendo siempre que, al analizar un proceso penal en el que se había producido la condena del acusado, se constata la lesión del art. 3 CEDH en el método de obtención de las pruebas utilizadas para fundar la condena, ya sea en cuanto garantiza *no padecer torturas*, como cuando se refiere a *no padecer tratos inhumanos o degradantes*.

No podemos dejar de tomar en consideración que, a diferencia de otros derechos reconocidos en el Convenio (arts. 8, 9, 10 y 11) el art. 3 no prevé posibilidad alguna de restricción en atención a ningún interés público que se pretenda utilizar como justificación de su limitación. Ni tampoco puede ser derogado en caso de estado de emergencia (art. 15 CEDH).

De este criterio es ejemplo muy relevante la STEDH Jalloh c Alemania, de 11 de julio 2006, de la Gran Sala, que se refiere a un supuesto en el que, en busca de la prueba de un delito menor de tráfico de drogas, la policía alemana, usando fuerza física, introdujo un vomitivo a un sospechoso a través de una sonda nasogástrica, al tiempo que le inyectaba otro vomitivo químico, para provocar así la expulsión de la droga previamente ingerida.

Con cita del art. 15 del Convenio ONU contra la Tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se afirma taxativamente en esta Sentencia tanto el carácter absoluto del derecho (que en este caso se declara vulnerado, en cuanto garantiza no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, § 82) como la prohibición convencional de



establecer restricciones al mismo (§ 99) y, a partir de tales consideraciones, ahora desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), el TEDH declara que no pueden ser utilizadas para condenar aquellas pruebas que se hayan obtenido mediante este tipo de prácticas (§ 105).

§ 99. Los elementos obtenidos por medio de una medida juzgada contraria al artículo 3 requieren una consideración diferente. Puede plantearse la existencia de vulneración desde el punto de vista del artículo 6.1 en relación con los elementos de prueba obtenidos en violación del artículo 3 del Convenio, incluso si la admisión de tales pruebas no fue decisiva para la condena del sospechoso (İçöz contra Turquía (dec), núm. 54919/2000, 9 enero 2003 y Koç contra Turquía (dec), núm. 32580/1996, 23 septiembre 2003). El Tribunal recuerda, a este respecto, que el artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en situaciones extremadamente difíciles, tales como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé restricciones en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1 y 4 y, según el artículo 15.2, no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (ver, concretamente, Sentencias Chahal contra Reino Unido de 15 noviembre 1996 [TEDH 1996, 61], Repertorio 1996-V, pg. 1855, ap. 79 y Selmouni contra Francia [TEDH 1999, 30] [GS], núm. 25803/1994, ap. 95, TEDH 1999-V).

§ 105. Tal y como se ha constatado antes, la utilización en el marco de un procedimiento penal de pruebas obtenidas en violación del artículo 3 plantea serias cuestiones en relación con la equidad de dicho procedimiento. En este caso, el Tribunal no ha concluido que se sometiese al demandante a actos de tortura. Pero en su opinión, los elementos de cargo (bien se trate de confesiones o elementos materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura, no deben nunca invocarse, cualquiera que sea su valor probatorio, para probar la culpabilidad de la víctima. Cualquier otra conclusión no haría sino legitimar indirectamente el tipo de conducta moralmente reprensible que los

autores del artículo 3 del Convenio han tratado de prohibir o, como dijo tan bien la Corte Suprema de los Estados Unidos en su Sentencia en el asunto Rochin (apartado 50 supra), «conferir una apariencia de legalidad a la brutalidad». El Tribunal señala al respecto que el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes enuncia que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento contra la víctima de los actos de tortura.

En el mismo sentido hay otros muchos pronunciamientos relativos a actos de tortura policial. Así, la STEDH de 17 de octubre de 2006, Caso Göcmen c Turquía, § 74... “Par ailleurs, la Cour ne peut pas suivre le Gouvernement lorsqu’il argue que la condamnation litigieuse était basée sur un faisceau de preuves. Elle n’estime pas nécessaire de rechercher plus avant si la condamnation du requérant était fondée d’une manière déterminante sur les dépositions que celui-ci avaient prétendument faites à la police sous la contrainte. Il lui suffit de constater qu’une partie de l’établissement des faits effectué par les juridictions pénales se base sur les déclarations du requérant obtenues par suite de mauvais traitements et en l’absence d’un conseil (Örs et autres, précité, § 60)”; la STEDH de 21 de septiembre de 2006, Caso Söylemez c Turquía, § 122... “La prise en compte d’une telle preuve pour établir la culpabilité d’une personne est incompatible avec les garanties de l’article 6 de la Convention”; o la STEDH de 5 de junio de 2007, Caso Sacettin Yildiz c. Turquía, § 48... “In this connection, as regards the nature of the Convention violation found, the Court recalls that it has already held that the use of evidence obtained in violation of article 3 in criminal proceedings could infringe the fairness of such proceedings even if the admission of such evidence was not decisive in securing the conviction (see Jalloh, cited above, § 99; Söylemez v. Turkey, no. 46661/99, § 23, 21 September 2006; and, mutatis mutandis, Örs and Others v. Turkey, no. 46213/99, § 60, 20

June 2006)”. También en la STEDH de 28 junio 2007, Caso Harutyunyan c Armenia, se repite: “... una confesión o una prueba material obtenida con tortura no deberían invocarse nunca como fundamento de la culpabilidad... de no ser así se legitimaría indirectamente un acto moralmente reprochable; se proporcionaría una apariencia de legalidad a la brutalidad”.

Y da igual también, como ya dije, que en estos casos la prueba fuera o no conforme a la ley interna (en el caso Jalloh lo era), fuera única, decisiva o hubiera otras pruebas sobre los hechos imputados. La sanción jurídica viene siendo máxima: en estos casos, la vulneración del art. 3 lleva consigo también, indefectiblemente, la del art. 6.1 CEDH, al considerarse que el proceso era injusto en su conjunto.

§ 107 (Caso Jalloh)... En este caso, no hay necesidad de resolver la cuestión general de si la utilización de pruebas obtenidas por medio de un acto calificado de trato inhumano y degradante compromete automáticamente el carácter equitativo de un proceso. El Tribunal constata que, aunque las autoridades no causaron deliberadamente dolores y sufrimientos al demandante, las pruebas se obtuvieron mediante la aplicación de una medida contraria a uno de los derechos más fundamentales que garantiza el Convenio. Además, las partes no discuten que las drogas obtenidas gracias a la medida enjuiciada fuesen un elemento decisivo de la condena del demandante. Es cierto, y las partes tampoco lo discuten, que el demandante tuvo la posibilidad, que además aprovechó, de impugnar la utilización de las drogas obtenidas por medio de la medida enjuiciada. Sin embargo, habiendo constatado que la legislación interna autorizaba la administración del emético, los tribunales internos no tenían margen alguno para excluir tales pruebas. Asimismo, no se puede considerar que el interés público en la condena del demandante hubiese tenido un peso para justificar que se autorizase la utilización de estas pruebas en el juicio. Tal y como ha señalado el Tribunal más arriba, la medida afectaba a un traficante que vendía droga en relativamente pequeña cantidad y que finalmente fue condenado a una pena de prisión condicional de seis meses y puesta a prueba. § 108. En consecuencia, el Tribunal considera que el conjunto del proceso contra el demandante estuvo tachado de iniquidad debido a la utilización como prueba de las drogas

obtenidas gracias a la administración forzosa del emético.

Además de lo expuesto (vulneración del art. 6 CEDH en cuanto garantiza la equidad del proceso en su conjunto) el TEDH concluye también que “el hecho de haber permitido la utilización en el juicio del demandante de los elementos obtenidos tras la administración forzosa del emético vulneró el derecho del interesado a no autoinculparse y tachó de iniquidad el procedimiento en su conjunto” (§ 122).

B. Una primera y reciente brecha en la regla absoluta: la posterior confesión como fuente independiente de prueba. La conclusión que venimos analizando se ha venido repitiendo hasta que, en junio de 2010, la Gran Sala revisa y ratifica parcialmente la STEDH de 30 de junio de 2008, dictada por una Sección en el Caso Gäfgen, en la que, admitiendo la existencia de trato degradante en la obtención de la confesión del acusado y de las pruebas que materialmente le incriminaban (vulneración del art. 3 CEDH) se apreció que no había habido violación del art. 6 CEDH (Caso Gäfgen c Alemania, STEDH de 1 de junio de 2010, Gran Sala).

Se trata de un caso en el que la policía sospecha del demandante —estudiante de Derecho— como autor del secuestro de un chico de 11 años de edad, hijo de un banquero, al que reclama un millón de euros como rescate. Una vez pagado y recogido el rescate por el estudiante, es detenido y sometido a un interrogatorio policial en el que se le amenaza con sufrir abusos sexuales, lo que provoca que revele donde se halla el cadáver del menor. A partir del hallazgo del cuerpo, se obtienen otras pruebas materiales que involucran al demandante en el hecho. Finalmente, en juicio, el acusado reconoce ser autor del secuestro y del asesinato.

En esta resolución, el Tribunal afirma que, dado su carácter absoluto, el art. 3 CEDH sí fue violado por la policía alemana, pese a tratarse de una situación de cuasi estado de necesidad.

§ 176. While having regard to the above interests at stake in the context of Article 6, the Court cannot but take note of the fact that Article 3 of the Convention enshrines an absolute right. Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature (compare also, *mutatis mutandis*, Saadi v. Italy, cited above, §§ 138-39). In the Court's view, neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice.

Sin embargo, tras dicho pronunciamiento, el TEDH admite la excepción de la *fuerza independiente de prueba* por ruptura del nexo causal para excluir la lesión del art. 6.1 CEDH, al constatar que el acusado confesó su autoría en juicio después de haber sido asesorado por su Abogado.

§ 180 ... "In the light of the foregoing, the Court considers that it was the applicant's second confession at the trial which —alone or corroborated by further untainted real evidence— formed the basis of his conviction for murder and kidnapping with extortion and his sentence. The impugned real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence"<sup>10</sup>.

Se utiliza así la lógica que admite la ruptura de la conexión de antijuridicidad existente entre la vulneración y la prueba a la que el Tribunal Constitucional había acudido ya en la STC 161/1999, de 27 de septiembre (FJ 4), resolución que, de alguna forma, incorpora la doctrina americana que admite la *independent source*<sup>11</sup> como excepción a la regla de exclusión en los casos de pruebas obtenidas a partir del conocimiento adquirido con la lesión del derecho ("*Fruit of the Poisonous Tree*" Doctrine)<sup>12</sup>.

STC 161/1999, FJ 4. "El criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causal-

mente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no se cifra en determinar si entre unas y otras existe una conexión de antijuridicidad. En la STC 49/1999 resumimos así nuestra doctrina: «hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho... materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho... exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo. La aplicación de esta perspectiva de análisis al supuesto enjuiciado nos lleva a desestimar la queja del recurrente, pues se aprecia que, tal y como razonó el Tribunal Supremo, su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria".

En el Voto particular de la Sentencia Gáfgén, seis de sus Magistrados disidentes exponen la tesis que perdió la deliberación y se lamentan de la supuesta *permisividad* de la mayoría del Tribunal con la tortura, a partir de una interpretación de la sentencia mayoritaria que les lleva a distinguir entre lesiones del art. 3 que constituyen tortura, lesiones del art. 3 que constituyen tratos inhumanos o degradantes y resultado directo o indirecto de tales lesiones, concluyendo que la mayoría deriva del art. 3 CEDH sólo una prohibición de valoración de la prueba ilícita, pero no una prohibición de admisión a debate en el proceso de la misma. Dicho de otro modo, según interpretan, solo habría lesión concurrente del derecho a un juicio justo cuando la condena se fundamenta en la prueba ilícita, pero no la habría si se admite a debate la prueba ilícita pero la condena se

funda en otras pruebas que se estiman *jurídicamente independientes*.

Según los jueces disidentes la distinción introducida por la mayoría de los miembros del Tribunal consiste en que mientras que, hasta esta STEDH Gáfgen, la simple admisión de pruebas materiales obtenidas mediante tortura comportaba siempre la lesión del derecho a un proceso justo, desde ahora, cuando se trata de pruebas de la misma índole, aunque hayan sido conseguidas infligiendo tratos inhumanos o degradantes, la infracción de dicho derecho sólo tendrá lugar cuando tales pruebas hubieran sido valoradas o utilizadas efectivamente para fundar la condena del demandante.

Pese a que la diferenciación expuesta no se deduce claramente de la tesis de la mayoría en el Caso Gáfgen, si es cierto que en la jurisprudencia del TEDH sólo la utilización como fundamento de una condena de pruebas obtenidas gracias a la violación del art. 3 CEDH ha dado lugar a declaraciones de vulneración del art. 6.1 CEDH. La simple admisión a debate de la prueba ilícita no ha dado nunca lugar a declaración alguna de lesión.

C. La vulneración de las garantías frente a la autoincriminación. También esta infracción conlleva siempre la vulneración del derecho a un juicio justo, al considerar el TEDH que dicha garantía —tal y como es entendida en su jurisprudencia— está en el núcleo duro de las que conforman un juicio justo. En tal sentido:

STEDH Jalloh c Alemania. § 100. “En cuanto a la utilización de pruebas obtenidas en violación del derecho a guardar silencio y del derecho a no autoinculparse, el Tribunal recuerda que estos derechos son normas internacionales generalmente reconocidas que constituyen el núcleo de la noción de proceso justo consagrada por el artículo 6. En particular, el derecho a no autoinculparse presupone que, en una causa penal, la acusación trata de fundamentar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo coacción o presión, sin tener en cuenta la voluntad del acusado (ver, concretamente, Sentencias Saunders contra Reino Unido de 17 diciembre 1996, Repertorio 1996-VI, pg. 2064, ap. 68, Heaney y McGuinness previamente citada, ap. 40, J. B. contra Suiza, núm. 31827/1996, ap. 64, TEDH

2001-III, y Allan, previamente citada, ap. 44)”. § 101. Para determinar si un procedimiento ha eliminado la sustancia misma del derecho a no contribuir a su propia incriminación, el Tribunal debe examinar en particular los elementos siguientes: la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de garantías apropiadas en el procedimiento y la utilización que se hizo de las pruebas así practicadas (ver, por ejemplo, Tirado Ortiz y Lozano Martín contra España (dec), núm. 43486/1998, TEDH 1999-V, y Sentencias previamente citadas, Heaney y McGuinness, aps. 51-55, y Allan, ap. 44). § 102. Sin embargo, según la jurisprudencia constante del Tribunal, el derecho a no confesarse culpable afecta en primer lugar al respeto de la determinación de un acusado a guardar silencio. Tal y como se entiende normalmente en los órdenes jurídicos de las Partes Contratantes en el Convenio y en otros, no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a métodos coercitivos sino que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo los documentos obtenidos en virtud de una orden, las extracciones de sangre, el aliento, las muestras de orina, cabellos y tejidos corporales con vistas a un análisis del ADN o incluso de voz (Sentencias, previamente citadas, pgs. 2064-2065, ap. 69, J. B. contra Suiza, ap. 68, P. G. y J. H. contra Reino Unido, ap. 80 y Choudhary contra Reino Unido (dec), núm. 40084/1998, 4 de mayo de 1999).”

En el asunto Allan c. Reino Unido (2002) el recurrente fue condenado con base en las grabaciones obtenidas como consecuencia de la instalación encubierta de aparatos de grabación de audio y video en su celda, en la zona de visitas del establecimiento penitenciario en el que se encontraba internado, y en la persona de otro interno con quien compartió celda y que, finalmente, resultó ser informante de la policía. Las grabaciones efectuadas y las confesiones que el demandante realizó a su compañero de celda fueron empleadas, posteriormente por la acusación pública para fundar su condena a cadena perpetua por un delito de asesinato.

§§ 52 y 53 STEDH Caso Allan c Reino Unido ... “En este caso, el Tribunal destaca que en sus entrevistas con la policía después de su arresto, el demandante, por indicación de su abogado, se había acogido a su derecho a permanecer en silencio. H., que era un informador habitual de la policía, fue puesto en la celda del demandante en

la comisaría de Stretford y después en la misma prisión con el propósito específico de obtener del demandante información que le implicara en los delitos de los que era sospechoso. Las pruebas presentadas en el juicio del demandante mostraban que la policía había entrenado a H. y le había dado instrucciones para «empujarle todo lo que puedas». A diferencia de la situación en el asunto Khan, las confesiones supuestamente hechas por el demandante a H., que constituían las pruebas más importantes o decisivas contra él en el juicio, no eran declaraciones espontáneas hechas de manera voluntaria por el demandante, sino que fueron inducidas por las persistentes preguntas de H. quien, a instancias de la policía, dirigió sus conversaciones a discusiones sobre el asesinato en circunstancias que pueden ser consideradas como el equivalente funcional de un interrogatorio, sin ninguna de las protecciones que tendría un interrogatorio formal por parte de la policía, incluyendo la presencia de un abogado y el uso de las precauciones habituales. Aunque es cierto que no existía ninguna relación especial entre el demandante y H. y que no se han identificado factores de coacción directos, el Tribunal considera que el demandante estuvo sujeto a presiones psicológicas que chocaban con la «voluntariedad» de las declaraciones supuestamente hechas por el demandante a H.: era sospechoso en un caso de asesinato, estaba arrestado y bajo presión directa por parte de la policía en interrogatorios sobre el asesinato, y habría sido susceptible de persuasión para hacer de H., con quien compartió celda durante varias semanas, su confidente. En esas circunstancias, la información obtenida utilizando a H. de esta manera puede ser considerada como si hubiera sido obtenida en contra de la voluntad del demandante y su utilización en el juicio iba en contra del derecho del demandante a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse. § 53. Por lo tanto, ha habido a este respecto violación del artículo 6.1 del Convenio”.

## 5. LA DESVALORIZADA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA FRENTE A INTROMISIONES NO PREVISTAS POR LA LEY

Como ya anticipé, es distinta y menos contundente la solución que el TEDH ofrece

cuando el derecho vulnerado durante la investigación del delito es el art. 8 CEDH, que garantiza la vida privada de los ciudadanos (“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”). Específicamente cuando la vulneración del derecho no desconoce su contenido material, sino una de las garantías del mismo: la que exige una previsión legal de suficiente calidad para considerar legítima la limitación del derecho.

En estos supuestos, la apreciación de vulneración del art. 8 no conlleva, en sí misma, la apreciación de lesión del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH). Parafraseando al propio Tribunal, cabría decir que condenar en estos casos en base a una prueba que ha sido obtenida vulnerando el derecho a la vida privada de los ciudadanos “no carga de iniquidad” el proceso en el que se ha utilizado como prueba.

Por lo tanto el análisis del carácter “justo o injusto” del proceso se realiza en el que antes denominé “*modo general*”, es decir, determinando si se respetaron o no los derechos de defensa contradictoria del acusado, si la prueba es o no fiable, y en caso de no serlo, si la misma es única o concurre con otros medios de prueba. Dicho de otra forma, cuando la violación se refiere a la vida privada de los ciudadanos (y por extensión, ha de entenderse a cualquiera de los derechos que sí admiten restricciones en abstracto) han de ser examinadas “*todas las circunstancias concurrentes, incluido si fue respetado el derecho de defensa del acusado, así como la fiabilidad e importancia de la prueba en cuestión*”.

La mayor parte de las resoluciones abordadas por el TEDH en relación con el art. 8 CEDH se refieren al secreto de las comunicaciones directas. Específicamente, la mayoría de los casos analizados ha llevado a apreciar que las autoridades nacionales interfieren las comunicaciones de sus ciudadanos sin la cobertura de una ley precisa que admita la injerencia, lo que vulnera manifiestamente el art. 8.2 CEDH, que, como se sabe, señala: “No

podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Son paradigmáticos los casos Schenk c. Suiza (1988), Khan c. Reino Unido (2000), P.G. y J.H. c. Reino Unido (2001), y Allan c. Reino Unido (2002), Heglas c. Bélgica (2007) o Bykov c. Rusia (2009).

Dada la naturaleza de la lesión —formal y no material— y la posibilidad que tuvieron los acusados de alegar su ilicitud ante los Tribunales nacionales, en ninguno de estos casos se ha apreciado la vulneración del derecho a un juicio justo, pese a declararse —en todos ellos— la violación del derecho a la vida privada de los investigados. Y así,

En el caso Schenk c. Suiza (1988) el recurrente, Pierre Schenk, contrató a un tal Sr. Pauty para que llevara a cabo diversos trabajos violentos ocasionales. Coincidiendo con una intervención quirúrgica del demandante, el Sr. Pauty se puso en contacto con la Sra. Schenk para comunicarle que su marido le había encargado que la asesinara. Tras barajar la posibilidad de matar al recurrente o hacerle creer que su esposa estaba muerta de forma que el Sr. Pauty pudiera recibir su recompensa, acudieron juntos al Juez Instructor. En el marco de la investigación judicial iniciada, el Sr. Pauty, que esperaba la llamada telefónica del Sr. Schenk, grabó la conversación telefónica que ambos mantuvieron, poniendo a disposición de la policía la cinta grabada. Una vez que la Sra. Schenk escuchó la cinta e identificó la voz de su marido, el juez instructor del caso dictó un mandamiento judicial de arresto contra este último. Cuestionada la fiabilidad de la grabación por la defensa del recurrente, ésta fue sometida a un examen pericial. El informe realizado por los peritos corroboró que la grabación no había sido manipulada pero puso de manifiesto que era dudoso que los interlocutores se hubieran entendido completamente. En consecuencia, el juez resolvió que las pruebas existentes resultaban insuficientes para acusar al Sr. Schenk y archivó

las actuaciones. La acusación apeló la decisión judicial y se inició un proceso penal en el que la cinta fue aportada como prueba. El proceso concluyó con la condena del recurrente a diez años de prisión por tentativa de asesinato, condena que fue confirmada en sucesivas instancias judiciales. Entre las alegaciones efectuadas por el Sr. Schenk en la demanda interpuesta ante el Tribunal de Estrasburgo destaca que la grabación de la conversación mantenida con el Sr. Pauty y su posterior utilización como prueba en juicio violaba el derecho a un proceso justo reconocido en el art. 6.1 CEDH.

Por su parte, los hechos enjuiciados en el caso Khan c. Reino Unido (2000) fueron, en esencia, los siguientes: en enero de 1993, el recurrente visitó a un amigo —B— que estaba siendo objeto de investigación por tráfico de heroína. Algunos días antes de la visita del recurrente se había instalado en el domicilio de B un aparato de escucha. No se esperaba ni era previsible que el recurrente acudiera al domicilio de B y ninguno de los dos amigos era consciente de la existencia del equipo de micrófonos instalado. Gracias a éste, la policía obtuvo una grabación de la conversación entre ambos en la que el recurrente admitía haber sido parte en una importación de droga efectuada en el mes de septiembre del año anterior. El recurrente fue arrestado en febrero de 1993 y posteriormente procesado. El juez sentenciador resolvió que las escuchas practicadas en el domicilio de B eran admisibles en juicio y, tras la confesión del recurrente en marzo de 1994, le condenó a tres años de prisión. Aunque apeló la sentencia en sucesivas instancias judiciales aduciendo la ilegitimidad de la prueba empleada para fundamentar la condena, el fallo del tribunal de instancia fue confirmado en todas ellas.

Y muy similares fueron los hechos enjuiciados en el caso P.G. y J.H. c. Reino Unido (2001) En esta ocasión se instalaron aparatos de escucha en el piso de los recurrentes con la finalidad de investigar una conspiración para perpetrar un delito de robo a mano armada. Las escuchas practicadas y el posterior registro del vehículo de los recurrentes, así como del piso que compartían, proporcionaron pruebas suficientes para detenerles. Puesto que resultaba necesario corroborar que las voces que aparecían en las grabaciones eran las de los demandantes, se instalaron aparatos de escucha en las celdas en las que estaban detenidos y también los agentes de policía que se encargaron de comunicarles sus acusaciones y tomarles sus datos, llevaban encima, pero ocultos, este tipo de aparatos. El perito que examinó las muestras de voz concluyó que era probable

que fueran las voces de los demandantes las que aparecían en las conversaciones grabadas en el domicilio. Tras estas pesquisas, los recurrentes fueron acusados y, finalmente, condenados por conspiración para robar dinero.

El caso *Heglas contra la República Checa* (2007) se refiere a la utilización, sin ley que lo autorizara, de un aparato de escucha oculto en el cuerpo de una colaboradora de la policía con el que se grabó una conversación con el demandante, en el curso de la cual reconoció haber participado en el asalto violento a una mujer para robarle su bolso, en el que portaba algo menos de 9.000 euros. También, sin cobertura legal suficiente, se utilizó la lista de llamadas desde el teléfono móvil del demandante a un coautor del hecho. La lista de llamadas y la grabación no fueron las únicas pruebas utilizadas para justificar la condena por robo violento.

Y, más recientemente, en el caso *Bykov contra Rusia* (2009), el demandante —acusado de haber encargado un asesinato— se quejaba de la escucha y grabación efectuada en secreto en su domicilio a través del aparato que, voluntariamente pero a petición policial, portaba el sicario, y de su utilización como elemento de prueba en el procedimiento penal que después se inició contra él.

A diferencia de lo que sucede cuando el acervo probatorio empleado para condenar al acusado se ha obtenido con vulneración de los derechos reconocidos en el art. 3 CEDH o, en su caso, violando los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse, en la jurisprudencia del TEDH la utilización en un proceso penal de pruebas obtenidas quebrantando la garantía de ley previa establecida en el art. 8 CEDH, e incluso con allanamiento ilegal de un domicilio (*Caso Lee Davies c Bélgica*, de 28 de julio de 1999) no determina automáticamente la vulneración del derecho a un proceso justo, sino que la violación de este último derecho depende del análisis a que antes se hizo referencia (derecho de defensa contradictoria + fiabilidad de la prueba + decisividad de la misma) y, en última instancia, del resultado de la ponderación de los derechos e intereses concurrentes en cada uno de los casos examinados.

Y en la realización de esta ponderación el Tribunal de Estrasburgo ha tomado en consideración, de un lado, el interés público en el

descubrimiento de la verdad material y la represión de los ilícitos (al que se añade el interés de las víctimas y sus familias en el castigo de los autores del delito investigado); y, de otro lado, el derecho a un proceso justo del imputado y, en última instancia, la salvaguarda de la integridad del proceso judicial seguido contra el sujeto inicialmente acusado del ilícito que se trata de sancionar.

En cualquier caso, al margen del mayor o menor interés del método de análisis expuesto, lo relevante es que en los 6 casos citados, a lo largo de los últimos 20 años, junto a la afirmación de que se había vulnerado el derecho a la vida privada de los investigados, el TEDH concluyó que su condena en un proceso en el que dicha prueba ilícita fue utilizada no había vulnerado el derecho de los acusados a un juicio justo salvo que, paralelamente, se vulneraran las garantías frente a la autoincriminación —como ocurre en el *Caso Allan*—. Incluso en los casos en que era prueba única —*Caso Khan contra Reino Unido*— o se considerara poco fiable su contenido, se desestima la vulneración del art. 6 CEDH por cuanto, en todos los supuestos, tuvieron la posibilidad de cuestionar procesalmente la autenticidad de la prueba y oponerse a su utilización, dando así a los Tribunales nacionales la oportunidad de excluir la prueba o valorar su fiabilidad. Más en concreto, lo que reclama el TEDH es que se haya conferido efectivamente al recurrente dicha posibilidad, con independencia del éxito que haya tenido en su impugnación: «el hecho de que sus intentos fueran infructuosos —afirma frecuentemente el Tribunal— resulta indiferente».

## 6. TESIS PERDIDAS: VOTOS DISCREPANTES EN DEFENSA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por su concisión y brillantez, y porque no puedo expresar con mayor precisión mi crite-

rio personal al respecto, no me resisto a transcribir literalmente el Voto parcialmente discrepante del Juez Loucaides en el Caso Khan contra Reino Unido (2000).

“Sin embargo, no comparto la opinión de la mayoría de que no hubo violación del artículo 6. Este es el primer caso que se somete al Tribunal en el que la única prueba contra un acusado en una causa penal que condujo asimismo a su condena, era una prueba obtenida de una forma contraria a las disposiciones del artículo 8 del Convenio. El Tribunal ya declaró por unanimidad que la obtención de la prueba contra el demandante, a través de la utilización de un mecanismo encubierto de escuchas, vulneraba su derecho al respeto de la vida privada ya que no estaba regulado por ninguna Ley interna. Sin embargo, la mayoría consideró que la admisión de la prueba en cuestión y la condena del demandante basándose en dicha prueba no contravenía las exigencias de equidad garantizadas por el artículo 6.1 del Convenio, aunque fuese la única prueba contra el demandante.

No puedo aceptar que un juicio sea «justo», como exige el artículo 6, si la culpabilidad de una persona se establece mediante una prueba obtenida vulnerando los derechos humanos que garantiza el Convenio. Opino que el término «equidad», examinado en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, implica el cumplimiento de la norma jurídica y para ello presupone el respeto de los derechos humanos establecido en el Convenio. No creo que pueda hablarse de un juicio «justo» si durante el proceso se viola la Ley. Es cierto que el Convenio no forma parte del sistema legal interno del Reino Unido, pero para los fines de la cuestión enjuiciada, debería ser tratado como tal, con vistas a su ratificación por dicho país y a la consiguiente obligación de aplicar sus disposiciones a través de sus órganos estatales. En otras palabras, al determinar si un juicio fue «justo» no encuentro motivos para hacer concesiones al Estado que ha ratificado el Convenio pero no lo ha incorporado a su sistema. (...) si se acepta que la admisión de la prueba obtenida contra una persona vulnerando el Convenio no necesariamente infringe la equidad exigida en virtud del artículo 6, entonces la protección efectiva de los derechos en virtud del Convenio se vería frustrada. Esto lo ilustran casos como el presente, en los que la prueba es obtenida por la policía de forma incompatible con las exigencias del artículo 8 del Convenio, y además, se admite contra el acusado y conduce a su condena. Si se acepta como «justa» la violación del artículo 8

entonces no sé cómo se puede disuadir de forma eficaz a la policía de repetir su conducta intolerable. Y, debo reiterar aquí, que no acepto que un juicio y una condena resultantes de dicha conducta puedan considerarse justos o equitativos. La exclusión de la prueba obtenida vulnerando el derecho protegido a la privacidad debería considerarse un corolario esencial del derecho, si tal derecho tiene algún valor. Se debería recordar que el Tribunal en numerosas ocasiones hizo hincapié en que «el Convenio no trata de garantizar derechos teóricos o imaginarios sino prácticos y efectivos». La exclusión de dicha prueba, en mi opinión, es incluso más imperativa en casos como el presente en el que no existe un recurso alternativo efectivo contra la violación del derecho en cuestión.

El argumento básico contra dicho papel excluyente es la búsqueda de la verdad y de los valores de interés público en la aplicación eficaz del Derecho penal que implica la admisión de una prueba fiable y fidedigna, de lo contrario estos valores pueden sufrir y los demandados culpables pueden eludir las sanciones legales. Infringir la Ley para aplicarla, es una contradicción y una propuesta absurda. En todo caso el argumento no procede en este contexto ya que una prueba que constituya una injerencia en el derecho a la privacidad puede ser admitida en los procesos judiciales y conducir a una condena por un crimen, si la garantía de dicha prueba satisface las exigencias del segundo apartado del artículo 8, incluida la enjuiciada en el presente caso, p.e. que estaba «prevista por la Ley».

Algo que, ya en 1988, en el Caso Schenk, habían expresado en su voto discrepante los Jueces Sres. Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo:

“Sin duda, el Tribunal ha limitado el alcance de su Sentencia al referirlo concretamente a los hechos del caso, pero, en nuestra opinión, no podía eludir el problema de la ilegalidad de la prueba. Sintiendo mucho, no podemos unirnos al punto de vista de la mayoría, porque, a nuestro entender, el respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas no es una exigencia abstracta o formalista. Por el contrario, entendemos que es de la máxima importancia para que el proceso penal sea justo. Ningún tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena administración de la justicia, una prueba que no sólo se haya conseguido por medios incorrectos, sino, sobre todo, ilegalmente. Si lo hace, el proceso no será justo en el sentido del Convenio”.



## 7. LA RECEPCIÓN DE ESTA DOCTRINA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS (STC 49/1999)

Como es bien sabido, la STEDH de 30 de julio de 1998 (Caso Valenzuela Contreras), recogiendo anteriores pronunciamientos que parten de los Casos Sunday Times c. Reino Unido (26 de abril de 1979), Silver y otros c. Reino Unido (25 de marzo de 1983), Malone c. Reino Unido (2 de agosto de 1984) y Kruslin y Havig c. Francia (24 de abril de 1990), condenó al Estado español al apreciar que, aún existiendo en el Derecho español, en el momento en que fue acordada, una base legal para autorizar judicialmente la intervención de las comunicaciones telefónicas —art. 18.3 CE— (§ 49 y 56), dicha base legal no era suficientemente previsible en cuanto al sentido y naturaleza de las medidas que podían ser adoptadas como para garantizar el respeto a la vida privada y a la correspondencia del Sr. Valenzuela (§ 51 y 57). Específicamente el TEDH echa de menos en la regulación española “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas”. El § 61 concluye: “el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema. El señor Valenzuela Contreras no disfrutó, por lo tanto, del grado mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone antes citada, pg. 36, ap. 79)”.

La STC 49/1999, que tiene como antecedente necesario la STC 81/1998, incorporó a

nuestro ordenamiento jurídico las exigencias de calidad de la habilitación legal en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones declaradas expresamente por el TEDH, para España, en el Asunto Valenzuela Contreras. Es ya expresivo de la importancia de este pronunciamiento que los recursos de amparo acumulados, admitidos a trámite en 1995, fueran avocados al Pleno para su resolución.

La STC 49/1999 (FFJJ 4 y 5) analiza una intervención telefónica adoptada por el Juez instructor, el 2 de diciembre de 1986, en el curso de la investigación de un delito de tráfico de drogas. La resolución no sólo se hace eco de la STEDH en el caso Valenzuela Contreras, sino que asume e incorpora su contenido y, en su parte dispositiva, declara vulnerado en el caso concreto el derecho fundamental de los recurrentes en amparo al secreto de sus comunicaciones. Cuestión distinta son los efectos que asocia a tal declaración de que la prueba fue ilícitamente obtenida.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional declara que por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal expresa que desempeña una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes y, de otra, constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, al Tribunal le parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación por lo que, se afirma, los Jueces y Tribunales pueden acordarla cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes. Ahora bien, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art.

18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo normativamente autorizado. Es en este punto en el que el Tribunal se refiere al Asunto Valenzuela Contreras, recogiendo su doctrina, para afirmar que el art. 18.3 CE ha de interpretarse conforme a ella, por lo que, en el caso concreto “al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Valenzuela antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 C.E.”.

Y al concretar el alcance de la estimación del amparo por este motivo se afirma que la declarada insuficiencia de la ley es una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra, que sólo el legislador puede remediar, pero que no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención. Esta conclusión, coherente con la doctrina constitucional fijada hasta aquel momento, según la cual, la limitación judicial del derecho al secreto de las comunicaciones, si no hay interposición legislativa más restrictiva, sólo puede ser confrontada materialmente con la Constitución, permite al Tribunal Constitucional concluir: “... si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran

actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas”. Razón por la cual se pasó a analizar la actuación judicial denunciada para concluir que, en esta ocasión, también vulneraba la Constitución.

Quedó así patentemente explicitada la misma lógica y la misma doctrina que se venía aplicando en todos los precedentes jurisprudenciales anteriores: había habilitación normativa, el límite era el contenido material del derecho y la deficiente calidad de la ley habilitante, por ser imputable al legislador, no precisaba tutela a través de la regla de exclusión. Lo que causó entonces la polémica doctrinal fue, quizás, haberlo expuesto directa y expresamente. Pero no fue un cambio de doctrina, ni una solución nueva, sino la cotidiana reiteración de una doctrina ya existente sobre el art. 18.3 CE a la que se añadía, como declaración, la insuficiente calidad de la LECriminal como situación legislativa que vulneraba la Constitución.

Conectando esta declaración con el hecho de que, por sí mismo, el reconocimiento de la vulneración no provocara consecuencias en el proceso penal en el que la limitación del art. 18.3 CE se había producido, se ha sostenido que, con esta segunda decisión, que dio paso al análisis de la adecuación material de la autorización judicial a la Constitución, el Tribunal Constitucional “neutralizó” la doctrina del TEDH.

Como más extensamente he expuesto en otra ocasión<sup>13</sup>, no comparto este criterio. Salvo que se defienda que la insuficiente calidad de la ley española en materia de intervención de las telecomunicaciones (garantía institucional) conlleva en sí misma la nulidad de las que

han sido judicialmente autorizadas respetando el resto de exigencias constitucionales, el Tribunal Constitucional estaba obligado a seguir analizando la actuación judicial concreta puesto que en el recurso de amparo se había denunciado que la decisión judicial era materialmente contraria a la Constitución. Y desde luego, como antes he expuesto, tal conclusión anulatoria de la validez de la prueba obtenida a partir de dicha específica vulneración no forma parte de la doctrina del TEDH, que nunca ha apreciado la vulneración del art. 6 CEDH cuando una condena se ha apoyado en pruebas obtenidas con base en la limitación de otros derechos no prevista en una norma de suficiente calidad.

Ya me he referido a la diferente concepción que el TEDH y el Tribunal Constitucional mantienen acerca de la regla de exclusión. Baste ahora con concluir que si bien el

TEDH aparentemente la rechaza como una consecuencia procesal de las obligaciones establecidas en el Convenio, finalmente ambas doctrinas convergen en apreciar que la regla de exclusión es un mecanismo fundamental de tutela del sistema de derechos fundamentales que, como mínimo, ha de operar con singular contundencia y eficacia cuando se lesiona el contenido material del derecho específicamente considerado. Esta diferenciación entre las vulneraciones que afectan al contenido material del derecho y las que afectan a las garantías institucionales de su seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales, se comparta o no, permite explicar la solución común a la que en ocasiones se llega en ambos sistemas de derechos fundamentales (el del CEDH, interpretado por el TEDH y el de la Constitución española, interpretada por el Tribunal Constitucional) cuando el contenido material de los derechos es desconocido.

## NOTAS

1. Las Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU no constituyen la interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 y 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3).
2. Me refiero, evidentemente, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
3. La jurisprudencia íntegra del TEDH está accesible en idioma francés e inglés en <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>
4. “Es cierto que una adecuada coordinación de la obligación internacional asumida por el Estado y del marco constitucional interno que tutela rigurosamente la efectividad de los derechos fundamentales debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas, en la línea sugerida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia aquí impugnada. En este sentido, para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen” (FJ 5, STC 245/1991).
5. STC 303/1993, FJ 8... la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..., de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

6. STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.: “Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 C.E. remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)”.

7. *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914); *Olsmted v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928); *Brown v. Mississippi*, 297 US 278 (1936) y *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 655 (1961).

8. En lo que sigue, la presente reflexión ha sido provocada por la lectura y debate que he mantenido con Esther Bueno Gallardo, acerca de su trabajo de investigación sobre la prueba ilícita en el ámbito tributario, aún no publicado.

9. STEDH *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 9 de junio de 1998; *Vaniene v. Russia*, de 15 de diciembre de 2005 y *Ramanauskas v. Lithuania*, de 5 de febrero de 2008, §§ 66-68.

10. § 180 (versión francesa)... “Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que ce sont les deuxièmes aveux du requérant au procès —seuls ou corroborés par d’autres preuves non viciées, matérielles celles-là— qui ont fondé le verdict de culpabilité pour assassinat et enlèvement avec demande de rançon, ainsi que la peine. Les preuves matérielles litigieuses n’étaient pas nécessaires et n’ont pas servi à prouver la culpabilité ou à fixer la peine. On peut donc dire que la chaîne de causalité entre, d’une part, les méthodes d’enquête prohibées et, d’autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses”

11. *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)... La prueba es admisible si fue descubierta con una actividad lícita con carácter previo a la vulneración, e incluso, si lo fue con carácter posterior a la vulneración, pero de forma independiente a la vulneración misma.

12. En la misma línea se ha pronunciado el TEDH recientemente en dos demandas contra España: *Caso Valencia Díaz* (2010) y *Caso Alony Kate* (2012). La intervención telefónica es ilegítima, pero el acusado reconoce su participación posteriormente con asistencia letrada.

13. “Asunto Valenzuela Contreras contra España: la deficiente calidad de las normas que habilitan la intervención de las comunicaciones telefónicas” (Pendiente de publicación).

**Fecha recepción: 02/05/2013**

**Fecha aceptación: 21/20/2013**