

---

# La Prueba Provocada como Supuesto de Prueba Prohibida desde el Proceso Penal Alemán y Español:

## Propuestas y Desafíos al Modelo del Proceso Penal Peruano y Latinoamericano

MIGUEL PÉREZ ARROYO (\*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

### I. INTRODUCCIÓN

El Estado, a través de sus órganos de control penal, establece políticas criminales tendientes a desaparecer o disminuir el índice de la criminalidad en una sociedad determinada. Para ello se agencia de estrategias de lucha política en las que se involucran no sólo sentimientos de venganza sino que (y esto es más peligroso) se confunde la «efectividad» con el «efectismo» a la vez que en nombre de dicha «efectividad», en el control del crimen, se vulneran una serie de derechos fundamentales.

El Derecho Penal, desde su mejor configuración dogmática, a inicios del presente siglo, es un instrumento idóneo para combatir la arbitrariedad. Mejor aún, las reglas del proceso penal que en esencia son reglas que juegan en favor del inculpado y de la sociedad en general, en tanto colectivo de individuos y titulares de derechos fundamentales, a los cuales se tutelan. En este esquema es que se estructura un derecho procesal, a la vez que instrumento de la pretensión penal del Estado, como un árbitro que media en la relación de conflicto que existe entre el Estado y el individuo al cual se le imputa de un hecho criminal.

Así, lo que se pretende es crear un sistema penal y procesal penal tendiente a garantizar el mayor respeto de los derechos fundamentales y no hacer esa rela-

ción de conflicto -inherente al proceso- una relación de «desconcierto social» en donde dicha sociedad, a la cual se pretende tutelar con la intervención del estado en términos sancionatorios; se sienta antes que protegida, amenazada.

En este sentido, las nuevas tendencias (aunque no tan nuevas en Europa pues de esto se hablaba desde 1903) a nivel del conocimiento procesal penal están dados por la estructuración de razonamiento de exclusión de pruebas que se hayan practicado ilegalmente o que se haya utilizado (a pesar de su obtención ilegal) como medio idóneo para crear convicción condenatoria de parte del Juez. Así, poco a poco se van descubriendo nuevos supuestos de prohibición probatoria, sobre todo cuando es el Estado el persecutor, a través de sus órganos de control como la Policía, quien actúa en una primera fase indagatoria y por tanto constitutiva de elementos de juicio primarios a efectos de determinar la existencia del delito así como su autoría. Es en este último supuesto en donde nos encontramos con el tema de nuestro estudio: las pruebas provocadas.

Las pruebas provocadas, pues, tienen que ver mucho con la labor del agente provocador en derecho penal quien facilita un panorama idóneo para la comisión de ciertos delitos, a quien pretende aprehender en flagrancia o ser sindicado como responsable. En este

---

(\*) Becario Doctoral y de Investigación del Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno Español. Adscrito al Departamento de Derecho Penal de Albacete.

esquema, cabe discutir cuál es el grado de responsabilidad penal que tiene este agente provocador lo cual no vamos a estudiar. Sólo nos centraremos en lo que respecta a dicha prueba provocada como supuesto de prueba prohibida.

## II. PRUEBA Y PROHIBICIÓN DE LA PRUEBA

### 1. LA PRUEBA. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES

Etimológicamente «probar» significa conferir conocimiento a alguien<sup>1</sup>. A la lógica del proceso y, más aún, del proceso penal, el «probar», como actividad (actividad probatoria), tiene un contenido (contenido de la actividad probatoria), un objeto (meta o finalidad), un destinatario; y, aún más, ciertas características como actuación judicial. Ello le permite ser funcional al proceso penal, en orden a las garantías y respeto de los derechos fundamentales de la persona que el Estado, como titular de la pretensión punitiva y quien ejerce el monopolio de la acción penal en vía por ser el único legitimado para la imposición de las consecuencias jurídicas del delito, debe reconocer.

En este sentido, el contenido de la prueba está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el *Juzgador* al fin de desvirtuar la presunción de inocencia<sup>2</sup>, derecho constitucional reconocido en el art. 24.2 de la Constitución Española (CE), que al inicio del proceso penal se presenta bajo el velo provisional de inocen-

cia (por parte del procesado), pero reconociendo una sospecha razonable en la relación de autoría por parte de aquél respecto del hecho punible (objeto del proceso penal).

Esta actividad de prueba, si bien es cierto que, por tener como finalidad destruir la presunción de inocencia del procesado, es más propia de tales sujetos procesales (parte civil, Ministerio Fiscal, etc), no es ajena al propio procesado pues éste también puede aportar elementos de prueba y, de modo general, desarrollar una actividad probatoria positiva que le permita una mejor posición dentro del proceso penal, en orden a afirmar su inocencia que, como derecho fundamental público y subjetivo, le pertenece. Si en mérito a tal Derecho Constitucional de Presunción de Inocencia, le está permitido al procesado no probar nada sino sólo esperar que las partes acusadoras y el mismo *Juzgador* desvirtúen tal Derecho, con mayor razón podrá aportar al proceso penal, elementos de prueba conducentes al esclarecimiento de la verdad material (finalidad del proceso penal).

Del mismo modo, el rol del *Juzgador*, como ya lo adelantamos antes, no es del todo pasiva. Puede ordenar se practiquen una serie de diligencias de prueba, aún cuando las partes no la hayan petitionado (art. 729.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECrim). Asimismo, los hechos admitidos por las partes no están exentos de la necesidad de prueba ni, por supuesto, el *juzgador* está vinculado a reputarlos como ciertos<sup>3</sup>. Es en este sentido que si consideramos, como ya lo hemos hecho, que el fin inmediato del proceso penal es la verdad material<sup>4</sup>, ésta debe versar sobre lo que constituye su objeto<sup>5</sup>, es decir sobre

<sup>1</sup> HEINZ GÖSSEL, Karl. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico constitucionales y político criminales. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 45, 1991. Pág. 678.

<sup>2</sup> GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. La prueba en el proceso penal. Selección de Jurisprudencia. Oviedo: Colex, 1991. Pág. 14.

<sup>3</sup> TOME GARCÍA, José Antonio. Fase decisoria (II). La prueba. En: Derecho Procesal Penal. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y Otros. Madrid: Editorial Centro De Estudios Ramón Areces, 1993. Pág. 444.

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan. El Proceso Penal Español. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 1, 1993. Págs. 79-179. FLORIAN, Eugenio. Elementos del Derecho Procesal Penal. Barcelona: Bosch, 1934. Traducción: L. Pietro Castro. pp. 49-63.

<sup>5</sup> Para GIMENO SENDRA, «El objeto del proceso penal está constituido por el «*thema decidendi*» es decir, por las acciones u omisiones delictivas sometidas a juicio o lo que es lo mismo, sobre los hechos enjuiciados en cuanto son delictivos y sobre las consecuencias penales que de estos derivan para los sujetos inculcados. simplificadaamente, se puede hablar del «hecho penal» como objeto del proceso penal...» Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal. Proceso Penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1993. Págs. 190-191. O lo que es lo mismo, el «hecho penal» o hecho de relevancia jurídico-penal, es lo que constituye el objeto del proceso penal. Tal hecho punible es el único capaz de desencadenar, por parte del Estado, una reacción en términos punitivos y más aún, una probable consecuencia jurídica que sería aplicada al hallado responsable de la autoría o participación (en grado de comisión u omisión) en tal hecho punible. Es de aclarar también que, como lo afirma el mismo GIMENO SENDRA, tal noción de «objeto del proceso penal» es fruto, en España, de reflexiones doctrinales y no de una regulación legislativa en sentido específico. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *Ob. Cit.* Pág. 189. Una visión complementaria, respecto de lo que es el objeto de la prueba nos lo aporta PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, señalando que objetos de la prueba son los hechos de la causa, la participación en ellos de los acusados y la materia civil del proceso penal (Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Luis y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ HEREDIA, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Tecnos, 1987. 233).

el hecho punible, de este modo el **objeto de la prueba** no será otra que la determinación o comprobación de tal hecho punible. Es claro, entonces, que a quien va dirigida toda la actividad probatoria será al Juzgador quien debe valorarlo, según las reglas que la Ley le franquee<sup>6</sup>, llegando a un estado conviccional respecto de la verdad material e histórica y de ese modo dictar un fallo de absolución o condena del procesado, en relación del hecho punible que se le imputa y sobre el cual gira todo el proceso penal.

Cabe precisar que la prueba, como actividad procesal, se diferencia de las diligencias sumariales en cuanto que ella pretende, como ya lo andelantábamos

en párrafos anteriores, demostrar la verdad de los hechos de la causa<sup>7</sup>, confiriendo al juzgador los elementos necesarios a fin de resolver de manera más justa y arreglada a la verdad material, en tanto que las últimas sólo son actos de investigación. Que, por sí mismos no constituyen pruebas pues su objeto es exclusivamente proporcionar los elementos precisos para determinar la oportunidad de la apertura del juicio oral<sup>8</sup>.

Las características del proceso penal, siguiendo a GÓMEZ DE LIAÑO son: «1.- La carga material de la prueba corresponde fundamentalmente a las partes acusadoras. 2.- Sólo tiene el carácter de prueba como

<sup>6</sup> IGARTUA SALAVERRIA, Juan. Valoración de la prueba, motivación y control en el Proceso Penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1995. Págs. 31 y ss.

<sup>7</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo & GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 232.

<sup>8</sup> Sin embargo, en esta fase, se producen auténticas pruebas sumariales porque son de difícil reproducción y se practicaron, en su día, con la posibilidad de una contradicción y así la jurisprudencia viene admitiendo su operatividad, como por ejemplo el caso del testigo fallecido, o de aquella otras *pruebas preconstituidas* de difícil ratificación en el acto del juicio oral (...) que aparecen además revestidos de importantes garantías de objetividad e imparcialidad. También puede hablarse de una prueba anticipada, referida a la que se practica en la fase intermedia en los supuestos autorizados por la Ley...» Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. Ob. Cit. Págs. 15-16. Como lo afirma ASENCIO MELLADO, tanto el supuesto de las pruebas preconstituidas como el de las pruebas anticipadas, constituyen supuestos excepcionales al principio de práctica de la prueba en el juicio oral (Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989. Págs. 159 yss). Puesto que, como hemos visto, los verdaderos actos de prueba son los que se desarrollan en el juicio oral, es importante establecer un lineamiento cercano a esta modalidad excepcional de actuación probatoria. La *prueba preconstituida* es aquella en que el medio o fuente de prueba preexiste al proceso, o sea, la prueba mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al Juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el «*thema probandum*» (Cfr. GÓMEZ ORBANEJA. *La prueba preconstituida*. En: *Anales de la academia Matritense del notariado*, T. II, 2ª ed. Madrid, 1950, Págs. 87-115. Citado por HERNÁNDEZ GIL, Francisco. *La prueba preconstituida*. *La Prueba en el proceso penal*. Madrid: Centro de estudios judiciales, vol. 12 Pág. 77). Tal concepto, más propio del Proceso Civil, no es de fácil aplicación al Proceso Penal. Fue a partir de una evolución y desarrollo jurisprudencial en donde la rigidez de la afirmación «las pruebas a las que se refiere el artículo 741 LECrim son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él» (STC 31/1981, de 28 de julio) se fueron convirtiendo, primero en una relativización: «normalmente» (STC 145/1985, de 28 de octubre), hasta llegar a la no absolutividad del principio de producción de la prueba en el juicio oral, *acogiendo como excepción la práctica de la llamada prueba preconstituida o anticipada siempre que la misma sea practicada de acuerdo con las exigencias marcadas en la LECrim y se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción* (SSTC 150/87, de 1 de octubre; 22/1988, de 8 de febrero; 25/1988, de 23 de febrero). Junto a ello se ha establecido el deber, no sujeto a prescindibilidad posible por parte de los intervinientes procesales, de la necesaria lectura en el acto de juicio oral de tales diligencias sumariales irreproducibles en aras de favorecer la oportuna contradicción (Cfr. además de las anteriores SSTC citadas, la 137/1988 de 7 de julio). Esto que, no siendo pruebas, en el estricto orden de tal categoría procesal, por no haberse producido en el acto del juicio oral, éstas serán incardinables al proceso penal, bajo la etiqueta de «pruebas preconstituidas» siempre y cuando se respeten los requisitos de objetividad e irrepitibilidad y además se cumplan con los principios básicos de la prueba cuales son el de inmediación, contradicción y oralidad (Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Pág. 159), a fin de favorecer el derecho constitucional de defensa. De este modo, si partimos del concepto esgrimido por GÓMEZ ORBANEJA, respecto de las pruebas preconstituidas, la preexistencia al proceso, aludida por el citado autor, del medio o fuente de prueba, tal preexistencia estaría dada, dentro del proceso penal, al momento procesal en que propiamente debería producirse las pruebas, bajo el criterio de que éstas sirven al Juzgador a fin que establezca la responsabilidad penal o no del procesado; es decir del juicio oral. Dicho esto, tal momento procesal en donde las pruebas preconstituidas aparecen serían la del sumario en la instrucción o (dentro del juicio oral) en la correspondiente anterior a la vista (Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Págs. 159 y ss). Dicho de esta manera, la prueba anticipada, no será otra cosa que un supuesto de la preconstitución probatoria, excepcional al principio de producción de la prueba en el juicio oral, siendo tal preconstitución una característica de ella, por el momento en que se produce. Es mejor, entonces, hablar de prueba anticipada como preconstituida al juicio oral, y excepcional al aludido principio. Respecto de la prueba documental, se podría decir que por el momento de su producción, siempre es preconstituida al mismo proceso penal, pero por el momento de su incorporación (y consecuente práctica probatoria) al mismo será o no anticipada. De este modo los presupuestos básicos de la prueba anticipada estarán dados por la irrepitibilidad y la previsibilidad de la misma (la prueba puede ser consustancial a determinados actos o coyuntural o esporádica en otros supuestos), siendo la primera más esencial que la segunda. Conforme a lo anterior, en torno a la irrepitibilidad de la prueba, como presupuesto a su anticipación, cabe hablar de 1) actos por naturaleza irreproducibles, sometidas por la LECrim a contradicción y 2) actos por naturaleza reproducibles en el juicio oral pero irrepetibles por confluir circunstancias previamente determinadas en la Ley, más exclusivamente referidas a actos de naturaleza personal (artículo 449 LECrim). En este extremo es de mencionar, con ASENCIO MELLADO que la doctrina italiana, de la mano con su legislación han incrementado las causales justificativas para la anticipación probatoria (incidente probatorio): 1. Pruebas expuestas a posibles contaminaciones. 2. Pruebas expuestas a deterioro. 3. Pruebas no reproducibles. 4. Pruebas incompatibles con la concentración del debate. (Cfr. ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Págs. 171- 176).

regla general la practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad. 3.- Debe haber sido obtenido por medios lícitos. 4.- Requiere cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas. 5.- Pueden utilizarse cualesquiera medios personales, materiales o técnicos de documentación o reproducción, siempre que se ofrezcan con las debidas garantías de autenticidad.»<sup>9</sup>

Visto así, el concepto de prueba no será otro que la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del Juez o Tribunal (el Juzgador) sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida al proceso a través de medios lícitos de prueba<sup>10</sup>. En este sentido cabe la afirmación de César SAN MARTÍN CASTRO cuando ilustrativamente recuerda a CAFFERATA NORES y establece que la prueba constituye el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad en las decisiones judiciales<sup>11</sup>.

*«... la prueba, como actividad procesal, se diferencia de las diligencias sumariales en cuanto que ella pretende (...) demostrar la verdad de los hechos de la causa...»*

En este juego de conceptos y definiciones, ¿cuál debe ser la función de la prueba en el proceso penal?. Si el proceso penal es concebido como «un instrumento neutro de jurisdicción»<sup>12</sup>, por lo que en su dinámica ocurre «subsiste siempre un conflicto, una contraposición de intereses entre el derecho subjetivo de punir (mejor potestad punitiva) y el derecho de libertad del imputado...»<sup>13</sup>, entonces el proceso penal, como instrumento de realización de la pretensión punitiva estatal, requerirá de una serie de elementos cognoscitivos

que lleven al Juzgador a un fallo ecuaníme y objetivo, y lo conduzcan a la verdad material o verdad histórica, como fin del proceso penal. En este sentido, a fin de llegar a esa verdad es que se requiere de una actividad probatoria suficiente a la vez que de la prueba.

Es de precisar que el Juzgador al momento de motivar sus decisiones, debe apoyarlas en elementos probatorios, los cuales han debido incorporarse al proceso penal con las mayores garantías, en el afianzamiento del debido proceso y en el respeto a los derechos ciudadanos como exigencias esenciales de la presunción de inocencia. Los niveles de convencimiento a los cuales debe llegar el Juzgador a fin de resolver en sentido absolutorio o condenatorio están determinados por el grado de convicción que le produce la prueba que es valorada con criterio de consciencia y libremente<sup>14</sup>, siendo estos los de «certeza positiva» (se tiene la convicción de que se ha cometido el delito y el inculpado es responsable), «certeza negativa» (se tiene plena convicción de que o no está acreditado el delito o no existe responsabilidad por parte del inculpado), «probabilidad positiva» (existen mayores elementos probatorios en sentido inculpatario que absolutorio, pero no se llega a la certeza positiva, en cuyo caso

-según postula la doctrina- existe duda, por tanto se debe absolver). En este último supuesto la duda es coexistente con la probabilidad, aunque cuando se habla de probabilidad negativa se esté más inclinado por la certeza negativa<sup>15</sup>.

Sin embargo, dichos niveles de convencimiento o de convicción no pueden ser aportados al proceso en desmedro de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en la sola perspectiva del éxito en

<sup>9</sup> GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando. Ob. Cit. Págs. 14-15

<sup>10</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit. Pág. 443.

<sup>11</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Algunos aspectos de la prueba en el nuevo proceso penal: una interpretación acusatoria. En: Revista del Foro, Lima: Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N° 2. Pág. 13.

<sup>12</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y Otros. Ob. Cit. Pág. 20

<sup>13</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y OTROS. Derecho Procesal, 3° edición. tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p.33.

<sup>14</sup> Esto en un modelo procesal mínimamente garantista y de respeto a los derechos ciudadanos. Además que se debe tener presente que la verdad histórica es la que debe ser alcanzada por el Juzgador mediante la actividad probatoria; ergo, no puede existir un sistema tasado que apriorísticamente entre a calificar el grado de convicción que necesariamente deberá producir una prueba o un género de ellas.

<sup>15</sup> CAFFERATA NORES, José. La Prueba en el proceso penal. Buenos Aires, 1988. Págs. 2 y ss.

la lucha contra la delincuencia como una estrategia material de una política criminal no democrática<sup>16</sup>. El respeto a los derechos fundamentales, el fortalecimiento de los principios constitucionales que informan todo proceso (y en especial el proceso penal)<sup>17</sup> y la lógica garantista, exige que se construyan sistemas legales de orden procesal tendientes a fortalecer dichos derechos y principios a la vez que limitar toda práctica procesal por parte de los órganos de control penal, tendientes a violar dichos derechos y garantías. Las pruebas no se pueden conseguir a cualquier precio. Incluso tal verdad material antes esbozada, tendrá su dosis de formalidad, en concordancia con lo antes esbozado sobre el respeto a los derechos fundamentales y demás garantías constitucionales; así se ha pronunciado la jurisprudencia en España: «*Ciertamente el fin es (...) la obtención de la verdad material, pero no en términos absolutos porque no todo vale, contra la delincuencia, ni cualquier medio puede justificar un fin de defensa social o seguridad pública (...) La meta es más bien la verdad formalizada*» (STC de 26 de julio de 1982, STC de 21 de mayo de 1986, y de manera especial *Sentencia de 24 de febrero de 1994 A.P. Vizcaya*).

Es en este sentido que la doctrina, a partir de ciertas decisiones jurisdiccionales de las Cortes de justicia y señalamientos cada vez más expresos, por parte de la legislación procesal (especialmente el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ- y el artículo 238.3 del mismo cuerpo legal) ha establecido el tema de las prohibiciones probatorias o de las pruebas ilegalmente obtenidas en el proceso penal.

## 2. LAS PRUEBAS PROHIBIDAS. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES

I. Como apunta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA la terminología utilizada para calificar a este tipo de pruebas en el proceso penal no es uniforme. Así algunos autores se refieren a ellas como pruebas prohibidas, otros a la ilegalmente obtenida, otros a la ilegítimamente obtenida, otros a la ilegítimamente admitida, y otros a las prohibiciones probatorias. Las razones que puedan inspirar los diferentes nombres respecto de este tipo de pruebas pueden tener fundamento en tanto que existen pruebas que son lícitas pero que su obtención se debe a mecanismos ilícitos, otras veces existen pruebas que serán siempre ilícitas (por haberlo declarado así la Ley); independientemente de cómo se obtengan o cómo se introduzcan en el proceso penal, por tanto su realización será siempre prohibida. En todo caso, siempre que nos ocupemos de este tema estaremos haciendo referencia a la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal, por lo que es preferible usar el nombre general de «pruebas prohibidas», para referirnos a dichas limitaciones de la prueba en el proceso penal<sup>18</sup>. Dicho término, entonces, no obedece a un concepto unívoco en tanto que viene a indicar una multiplicidad de variables en función a los datos que la legislación de cada país regule.<sup>19</sup> Asumimos, pues, el genérico nombre de «pruebas prohibidas». Entonces, es necesario, establecer el concepto de dichas «pruebas prohibidas» y averiguar su contenido, toda vez que las mismas agrupan dentro de sí, una serie de restricciones respecto de la prueba y de cómo incorporarlas al proceso penal.

<sup>16</sup> Como lo afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Un sistema de gobierno autoritario necesita un proceso penal flexible, sin sujeción a principios ni garantías, pues éstas no le suponen más que ataduras y límites al desenfundado ánimo de castigar a todo aquel que no se somete a sus dictados; es necesaria la flexibilidad, en el sentido indicado, para el mantenimiento de estos regímenes. (...) La prueba es, o debe ser, por ello, el eje principal de un proceso, y por ello de la misma (...) depende la realización de la justicia material. La prueba es, y ha sido, la piedra angular de todo el sistema de justicia, y así los cambios habidos, los avances y retrocesos siempre han incidido en ella. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/Iure, 1989. Pág. 52.

<sup>17</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y Proceso*. Madrid: Tecnos, 1993. Págs. 73 y ss. No en vano se ha dicho que el derecho procesal penal es el derecho constitucional aplicado. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 51.

<sup>18</sup> En 1903, Beling utilizaba el término en plural «*Beweisverbote*» (pruebas prohibidas) en su famoso libro *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Ob. Cit. Pág. 83; ASENSIO MELLADO, menciona que el término de la «prueba prohibida» no es plenamente aceptado por la doctrina pues es sólo un nombre gráfico que sirve para designar a un conjunto genérico de pruebas las cuales son inadmisibles dentro del proceso penal o que no deben ser apreciadas por el Juzgador a efectos de crear en él la necesaria convicción que lo determine a expedir una resolución en sentido condenatorio. Cfr. ASENSIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Pág. 75. Una opinión similar y a todas vistas radical nos la expone GÓMEZ COLOMER, cuando califica el nombre de «prohibiciones de prueba» como incorrecto. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985. Pág. 133.

<sup>19</sup> En el nuevo Código Procesal Penal peruano, por ejemplo, el art. 215, establece que «Todo medio de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento legítimo e incorporado al proceso conforme a ley».

Una primera aproximación al concepto de pruebas prohibidas a partir de algunas consideraciones sistémico-jurídicas, tanto de orden Constitucional como Procesal Penal lo aporta el Profesor de Alicante ASENCIO MELLADO al establecer que las pruebas prohibidas en sí mismas consideradas implican una limitación tanto de los datos que pueden ser susceptibles de investigación, como los medios que pueden ser utilizados a los fines de obtener la convicción judicial requerida para la formación de la sentencia <sup>20</sup>. No se trata no obstante, de restricción al principio de libre valoración de la prueba ya que, como es sabido, en un Estado de Derecho, una resolución condenatoria ha de surgir de una apreciación libre del Juzgador, de los medios de prueba incorporados al proceso penal, más no de determinaciones legales tendientes a atar su convicción. Dichas pruebas, entonces, deben tener la consideración de tales y deben ser practicadas de conformidad con las garantías sancionadas por el ordenamiento jurídico. En este sentido, si consideramos que para que exista una motivación efectiva de la resoluciones judiciales se debe haber incorporado de manera suficiente las pruebas pertinentes; es decir, debe haber existido una «actividad probatoria suficiente» a efectos de destruir la presunción de inocencia y no una «mínima

*«El proceso penal (...) requerirá de una serie de elementos cognoscitivos que llevan al juzgador a un fallo ecuánime (...) y lo conduzcan a la verdad material...»*

actividad probatoria», por lo que es factible afirmar que una prueba obtenida ilícitamente e incorporada al proceso en tales términos no estaría respetando dicha condición de la actividad probatoria a la vez que estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y a la presunción de inocencia<sup>21</sup>.

Dicho de otro modo pues, las pruebas prohibidas vienen a encuadrarse en la encrucijada que se presenta enfrentando los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales <sup>22</sup>. Ya el conflicto, que veíamos con GIMENO SENDRA (existente entre la pretensión punitiva estatal y la libertad del ciudadano, presente en el proceso penal, el cual funge de

instrumento neutro de jurisdicción), se polariza al punto que el Estado no sólo pretende hacer efectiva la consecuencia jurídica señalada para el delito sino que tal interés se hace extremo convirtiendo al Estado en violador de derechos fundamentales, reconocidos y protegidos por la Constitución a través de una serie de reglas jurídicas y demás garantías procesales que hacen inviable una convivencia pacífica en un estado de derecho <sup>23</sup>. En esta línea, el Estado buscará engrosar los cargos formulados contra el ciudadano, valiéndose de todo cuan-

<sup>20</sup> ASENCIO MELLADO, José M<sup>o</sup>. Ob. Cit. 75.

<sup>21</sup> La presunción de inocencia (...) se asienta sobre dos ideas esenciales; de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal (...) (art. 117.3 CE), y de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla...» ( STC 1<sup>a</sup> S 201/1989 de 30 de nov.). Cfr. GÓMEZ DE LIANO, Fernando. Ob. Cit. Pág. 26.

<sup>22</sup> En este sentido se pronuncia el Prof. Dr. Karl HEINZ GÖSSEL. Ob. Cit. Pág. 675.

<sup>23</sup> A lo largo de la historia del Derecho, y mejor, a lo largo de la Justicia Criminal, se han sucedido modelos de Estado los mismos que han sustentado sistemas procesales y de justicia penal tendientes a justificar los modelos del cual son parte. Son dos los extremos: el primero que es el del Estado-policía, el cual se caracteriza, fundamentalmente, por contar con ilimitados medios que le permiten efectivizar su poder punitivo, siendo los más ejemplificativos los dados durante periodos de dictadura, en donde las reglas procesales atentan contra las garantías constitucionales como son del debido proceso, el juez imparcial, prohibición de indefensión, etc, donde el sistema de protección al ciudadano se flexibiliza al punto de desconocer el más mínimo respeto a los derechos humanos esenciales. Y, por otro lado, el Estado-observador, en donde tal Estado pierde todo poder de coersión y cede la regulación de las relaciones sociales al individuo y al libre juego de su voluntad, limitándose al ejercicio de la «función de mera advertencia». Cfr. HEINZ GÖSSEL, Karl. Ob. Cit. Págs. 675-676. El modelo de Estado que resulta neutro, respecto de esos dos extremos, es justamente, el Estado de Derecho y más modernamente modelado como «Estado Democrático y Social de Derecho». Modelo al cual apuntan casi la totalidad de Estados modernos. Siendo, desde ya, el paradigma político de los Estados miembros de la comunidad europea.

to puede, y a veces, justificando tal actitud, bajo el irregular concepto de «seguridad nacional»<sup>24</sup>.

La institución de las pruebas prohibidas, entonces, y sobre todo, su desarrollo, cuidado y delimitación sobre todo a nivel de la justicia criminal, impedirá la efectivización irregular y arbitraria de tal pretensión penal estatal, a partir de establecer ciertas limitaciones jurídicas para la obtención y valoración de la prueba en el proceso penal, he allí el concepto de las pruebas prohibidas en el proceso penal.

II. No sólo la validez del término «prueba prohibidas» es harto discutida. Una vez que hemos llegado, en el párrafo anterior, a establecer una aproximación conceptual de tal categoría, perfilándola como no unívoca y funcional al Estado democrático y social de derecho, debemos ocuparnos de su contenido ya no sólo conceptual sino también sistemático.

Al respecto, ha sido la doctrina alemana la que más ha trabajado tal tema, al punto de configurar un esquema a partir del concepto de prueba a la vez que establecer ciertos lineamientos sistemáticos desde la teoría de los presupuestos procesales penales. En este sentido, ya desde los presupuestos procesales penales relativos al acusado, cuando tal sujeto procesal ha sido provocado (plenamente) a cometer el delito, el Estado perdería el derecho a la acción penal y con ello la legitimidad para la imposición de cualquier consecuencia jurídica en relación con el hecho punible que se le pretende imputar. En esta medida, si la acción penal ha sido iniciada, al margen de estas consideraciones, la doctrina alemana, de la mano con su jurisprudencia, ha resuelto sobre la existencia de un impedimento en la persecución penal y el inicio del proceso (*Verfahrenshindernis*) en supuestos en donde el Estado ha recurrido a tal táctica en la obtención de la prueba mediante la provocación de la misma. El gran aforismo, presente en este razonamiento, está dado por el *venire contra factum proprium* (el Estado no

puede castigar a quien él mismo ha llevado al cometimiento de un hecho delictivo)<sup>25</sup>.

Ya adentrándonos en la delimitación del contenido conceptual de las pruebas prohibidas debemos decir, en primer lugar, que tales prohibiciones afectan a la averiguación de los hechos constitutivos del objeto del proceso penal, incluyendo dentro de este cúmulo a los hechos objeto del enjuiciamiento decisorio (fase principal del proceso penal) a la vez que las consecuencias jurídico-procesales de la inobservancia de tales prohibiciones. Tal es así que la doctrina alemana ha trabajado este tema bajo dos lineamientos: la naturaleza de las pruebas y la prohibición de las mismas y por otro lado, el de las consecuencias de la inobservancia de prohibición de la prueba<sup>26</sup>.

De este modo, aunque una primera clasificación respecto del contenido conceptual de las pruebas prohibidas ha sido la de considerarlas desde una perspectiva teórica formal y material, manteniendo en ambos casos una autonomía que afecta, incluso, ambos niveles de consideración dogmática en el contenido de la misma. Esto es, que la prohibición se refiere independientemente de la adquisición, práctica u obtención de la prueba o a la valoración o utilización de la misma.

Desde esta perspectiva dichas teorías formales de la prohibición probatoria, al establecer la ordenación de este instituto procesal, reconocen una doble articulación:

- 1) La elemental delimitación entre:
  - 1.1) las prohibiciones de la **práctica** de la prueba (relativas a la propia **constatación** de los hechos probados); y,
  - 1.2) las prohibiciones de la **utilización** de la prueba (impeditivas de constituir determinados hechos probados en objeto del juicio decisorio).

<sup>24</sup> El modelo de justicia criminal, actualmente vigentes, en países de la órbita latinoamericana como Colombia y Perú, en donde la emergencia social justificó, en su momento, políticas criminales de emergencia (tanto de orden primario como de criminalización secundaria o de asignación de responsabilidad penal), tal concepto sirvió para sustentar una serie de dispositivos penales y procesales penales totalmente violatorios de toda regla mínima de un proceso penal respetuoso de los derechos fundamentales. El caso peruano, en concreto, introdujo el dispositivo procesal de prohibición de llamar a testificar al funcionario público-policía, en lo referente a la sustentación en la elaboración del atestado policial y las conclusiones del mismo (art. 13.C Dec. Ley 25475; art. 2 inc. b Dec. Ley 25744), asimismo se estableció la limitación de la defensa procesal del acusado por delitos de terrorismo en cuanto a que un abogado cualquiera no puede asumir la defensa de más de una persona, a nivel nacional (art. 2 inc. c Dec. Ley 25744), entre otros ejemplos.

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. München: Verlag C.H.BECK, 1985. Pág. 123-124.

<sup>26</sup> Cfr. GÖSSEL, Karl Heinz. *Ob. Cit.* Págs. 678-679.

- 2) Una ulterior estructuración que distingue entre:
- 2.1) la prohibición de la **formulación** de la prueba (concernientes a determinados objetos de la prueba legalmente excluidos de la misma),
  - 2.2) la prohibición de los **medios** probatorios,
  - 2.3) la prohibición de los **métodos** de prueba; y,
  - 2.4) determinadas prohibiciones **relativas** a la prueba <sup>27</sup>

A este esquema se han opuesto, siempre desde la doctrina alemana, objeciones sustentadas en la idea de que en sí mismas no hacen deducir verdaderas reglas procesales que posibiliten una delimitación clara entre los supuestos que son susceptibles de casación por infracción de las formas, además de que el único extremo que más o menos se perfila en tal sentido son las que se refieren a la prohibición de la utilización de la prueba.

Por su lado las teorías materiales de la prohibición de la prueba tratan de determinar tal instituto procesal conforme a su naturaleza así como en atención a sus fines. A este esquema también se le han opuesto objeciones fundadas sobre la base de la confusión que genera respecto de la no diferenciación que puede existir entre la prohibición de la utilización de la prueba con la de la práctica misma y su prohibición. Esto es, que partiendo de la naturaleza de ambas, en sentido específico y distinto, se llega a sostener que el fin de la prohibición de la prueba es la de garantizar la pureza del proceso y la superioridad moral del Estado (finalidad preventiva general o «disciplinaria» STRUENSEE), de suerte que la infracción de ésta conduciría a la prohibición de la utilización de la prueba. De esta manera, no sería posible distinguir ambos extremos de prohibición probatoria ya que todas las prohibiciones de prueba (en su adquisición, práctica u obtención) serían al mismo tiempo prohibiciones de utilización de la prueba. De este modo la afirmación respecto de la autonomía de ambas, entraría en contradicción <sup>28</sup>.

Como expresa STRUENSEE, el tantas veces mencionado concepto genérico de «prueba prohibida» (*Beweisverboten*), mayoritariamente ha sido utilizado

para hacer referencia a los sistemas de adquisición de la prueba (recepción de prueba, obtención de prueba) y valoración de la prueba. Uso muy difundido que, con algunos matices, ha servido de base para algunas variantes como la antes reseñada por GÖSSEL. A su vez las prohibiciones de adquisición de pruebas han sido divididas en a) *prohibiciones de tema de prueba*, b) *métodos de prueba*, y; c) *medios de prueba*. En todos los casos, estas distinciones no han aportado nada, desde el punto de vista material <sup>29</sup>, afirmando desde luego, el carácter claramente metódico de esta clasificación y la utilidad de la misma al momento de ocuparnos de este instituto procesal. Y desde nuestra necesidad temática, un criterio sumamente valioso al momento de ocuparnos de la específica cuestión que nos preocupa.

En una línea muy similar, pero con algunas variantes, se pronuncia GÓMEZ COLOMER cuando sistematiza el instituto que nos ocupa. De este modo, las prohibiciones probatorias estarán divididas en: 1) *Prohibiciones acerca de la práctica de la prueba*; 1a) *prohibiciones de temas probatorios*, 1b) *prohibiciones de medios de prueba*, 1c) *prohibiciones de métodos de prueba*, 1d) *prohibiciones de prueba relativas*; y, 2) *Prohibiciones acerca del aprovechamiento de resultados probatorios* <sup>30</sup>.

Pero la doctrina alemana ha trabajado más estos intentos de sistematización, y ha establecido de la mano de DENCKER, que la prohibición de la valoración de la prueba (llamados por GÖSSEL de «utilización de resultados probatorios» y por GÓMEZ COLOMER «aprovechamiento de resultados probatorios»), se subdivide dos grupos; el primero está vinculado a la lesión de una prohibición de obtención de prueba («práctica de la prueba», o «adquisición de la prueba»), y el segundo no están vinculadas a dichas prohibiciones <sup>31</sup>. En este sentido, ROGALL denomina a las primeras como *prohibiciones de valoración probatoria dependientes*, y a las segundas *prohibiciones de valoración independientes*; definidas, en ambos casos en función de si se apoyan o no en la lesión de una prohibición de adquisición, práctica u obtención de la prueba <sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. GÖSSEL, Karl Heinz. Ob. Cit. Pág. 680.

<sup>28</sup> En este sentido se pronuncia, claramente, GÖSSEL. Cfr. GÖSSEL. Karl Heinz. Ob. Cit. Pág. 680-681.

<sup>29</sup> STRUENSEE, Eberhard. La prueba prohibida. Versión castellana de Patricia Ziffer. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 4, julio-diciembre de 1994. Lima: Grijley, 1996. Pág. 669.

<sup>30</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan. Ob. Cit. Págs.

<sup>31</sup> DENCKER, *Verwertungsverbote*. Pág. 73.

<sup>32</sup> ROGALL, Klaus. *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der lehre von den strafprozessualen beweisverboten*. En: ZstW, Bd. 91, Berlín: De Gruyter, 1991. Pág. 34. En este mismo sentido GUARIGLIA; Cfr. GUARIGLIA, Fabricio. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Madrid: Jueces para la democracia, 1996. Pág. 77.

También la doctrina italiana ha aportado en los intentos de sistematizar el contenido de las prohibiciones probatorias. Para ella, existen dos grandes bloques. El primero referido a las *limitaciones absolutas*, las cuales se refieren al objeto de prueba (*thema probationis*), y; el segundo referido a las *limitaciones relativas*, los cuales hacen mención a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio<sup>33</sup>.

A nuestro parecer, la única posibilidad teórica de enlazar el sistema de pruebas prohibidas y el de las pruebas provocadas como supuesto de ella, es adoptando el modelo germano de GÓMEZ COLOMER. Este, por su compatibilidad, hace posible considerar a la prueba provocada como un supuesto de prueba prohibida; tanto desde la perspectiva alemana como española. Sin embargo, no descartamos la dilucidación hecha por la doctrina alemana respecto de la sub-división de la prohibición de la valoración probatoria como **dependiente e independiente**, pues ella salva todas las vacíos y contradicciones que encontramos al ocuparnos de las teorías formales y materiales de la prohibición probatoria. Nuestra opción, entonces, resulta matizada, en relación con todo lo expuesto.

El trabajo que resta es pues, ver hasta qué punto resulta limitada la actividad de búsqueda de la verdad por parte del Estado, cuando se enfrenta a una criminalidad no convencional en términos de organización y operatividad. En este escenario, hasta qué punto resulta ilegal la obtención de una prueba por medio de la provocación y hasta qué punto, tal provocación probatoria, puede ser alcanzada por la lógica de prevención general y disciplinaria de las pruebas prohibidas<sup>34</sup>, determinando su nulidad procesal.

En la medida de lo antes dicho, pasaremos a dar una revisión de los supuestos de prohibición en la práctica, adquisición u obtención de la prueba. Posteriormente pasaremos a hacerlo respecto de la prohibición en la valoración, utilización o aprovechamiento de los resultados probatorios.

## 2.1. Prohibición en la práctica, adquisición u obtención de la prueba

Este supuesto prohibitivo de la prueba, parte de lo que ya habíamos dicho anteriormente cuando nos referíamos al fin del proceso penal, cual era la verdad material; verdad a la que se llegaba mediante la prueba. Pues como quedó establecido, este fin, materializado en la misma actividad probatoria o de investigación de la verdad, no es un valor absoluto. A esa conclusión han llegado tanto el BGH Alemán como los correspondientes Tribunales españoles<sup>35</sup>. Si bien es cierto, el Estado tiene la obligación de perseguir al sospechoso en la comisión de un hecho punible, ex officio, a fin de imponerle las consecuencias jurídicas fijadas para tal hecho; en mérito del principio de legalidad procesal el mismo que es dependiente de su correspondiente informador de índole sustantivo, y que a su vez tal obligación se traduce en una pretensión penal (*ius puniendi*), ella no es ilimitada. De esto se establece que tal límite estará dado por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, cuyo cuidado corre a cargo -dentro del proceso penal- de la garantía constitucional, de orden genérico, del principio general jurisdiccional del «debido proceso»<sup>36</sup> el cual, ha sido reconocido en la Constitución española de 1978, bajo una formulación bastante amplia. Este principio, llamado *due process of law* por la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, integra tanto derechos

<sup>33</sup> Cfr. FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1982. T.I, Págs. 146 y ss. En este mismo sentido, GUARIGLIA, Fabricio. Ob. cit. Pág. 76.

<sup>34</sup> Cfr. STRUENSEE, Eberhard. Ob. Cit. Pág. 675 y ss.

<sup>35</sup> STC de 26 de julio de 1982, STC de 21 de mayo de 1986, y de manera especial *Sentencia de 24 de febrero de 1994 A.P. Vizcaya*. En este sentido también se manifiesta GÓMEZ COLOMER. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan. Ob. Cit. Pág. 134.

<sup>36</sup> Cfr. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del Proceso debido*. Barcelona: Bosch, 1995. Págs. 230 y ss. En este sentido existen dos posiciones distintas a la asumida por nosotros, las misma que han tenido un desarrollo jurisprudencial más o menos sistemático, las cuales interpretan al «debido proceso» desde una perspectiva estricta o amplia. En el primer supuesto se desarrolla la idea de que el debido proceso integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 106/1989, del 08 de junio, STC 78/1992, de 25 de mayo) a manera de una garantía institucional. La segunda desarrolla el postulado de que equivale a una garantía similar a las que se consagran en el art. 24 de la CE (STC 135/1991, de 17 de junio, STS de 10 de febrero de 1990. Según esta última, se emplea el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial efectiva sin indefensión o como una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción; estaría constituida por el art. 24 CE en su totalidad (STC 6/1992, de 16 de enero). En tanto lo anterior, abarcaría el derecho al acceso como el derecho al proceso. Siendo así, constituiría un verdadero derecho fundamental cuya lesión supondría la invocación del amparo en vía directa.

fundamentales como garantías procesales, de modo similar a como sucede en el sistema antes citado así como también en el de derecho alemán. Se parte, entonces, de la base de los derechos fundamentales mediante siempre una opción protectora de la misma. Siendo su naturaleza, desde una perspectiva amplia, la de un principio general que constituye la manifestación jurisdiccional del estado de derecho.

Desde esta perspectiva interpretativa, el debido proceso estaría constituido por lo dispuesto en el art. 24 de la CE, en dos vertientes. La primera (24.1 CE) como un derecho a la tutela judicial efectiva con expresa prohibición de la indefensión. La segunda (24.2 CE), como un conjunto de garantías concretas del debido proceso, no recogidas de forma exhaustiva y enunciadas de la siguiente manera:

- A) Derecho a un Juez Ordinario.
- B) Derecho a la asistencia de un letrado.
- C) Derecho a ser informado de la acusación formulada.
- D) Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.
- E) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.
- F) Derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.
- G) Derecho a la presunción de inocencia.<sup>37</sup>

Pero no sólo estos dos extremos interpretativos integrarán el principio del debido proceso. También se incluyen en él, más por efecto de integración normativa e interpretación jurisprudencial, una serie de principios y derechos relativos al proceso (y en muchos casos determinadamente penales) cuya identidad van desde tales (en condición de constitucionalizados y fuera del ámbito de la lectura del art. 24 de la CE), como carentes de tal reconocimiento pero no ajenos al sistema. Más por efecto de la existencia de la cláusula genérica de «un derecho con todas las garantías» (art. 24.2) según la cual, incluso, normas y situaciones no recogidas expresamente en la normativa constitucional o legal de España, sí integran el cúmulo de derechos y garantías aplicables en el ámbito de su jurisdicción

por cuanto han sido reconocidos en el marco de los derechos fundamentales de orden internacional, cuya lectura debe hacerse en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España (art. 10.2 CE).

Algunos de esos derechos son: a) motivación de las resoluciones (STC 142/1991, de 1 de julio), b) oralidad e intermediación (ambos con jerarquía constitucional, 120.2 CE; SSTs de 7 de febrero de 1990 (RA 1289 F.J.1º, de 9 de mayo de 1991 (RA 3617) F.J. 2º), c) el principio acusatorio (STS de 22 de abril de 1991 (RA 3157) FFJJ. 2º Y 3º), d) contradicción (SSTs de 4 de noviembre de 1986), e) derecho a una doble instancia (SSTs 76/1982, de 14 de diciembre), entre otros.

En definitiva, este contenido posibilitará establecer el lineamiento central del mencionado principio «*el acusado tiene derecho a exigir que el proceso en su contra se desarrolle debidamente*»<sup>38</sup>

Siendo así, tal base tuitiva de los derechos fundamentales, en el proceso penal, estaría conformado por:

### 2.1.1. Prohibición en el tema probatorio

Se dice de este extremo que determinados hechos o contenidos fácticos del objeto de prueba no son susceptibles, justamente, de prueba; dentro del proceso penal. En el marco de las legislaciones comparadas, este cúmulo de temas u objetos de prueba están constituidos por la legislación de funcionarios que en los casos de secreto oficial o estatal, quedan excluidos de brindar declaración sobre estos temas, en tanto que ellos no son titulares de esta información. De esta forma, como apunta SAN MARTÍN CASTRO, tal prohibición, al parecer tiene dos niveles de limitación. El primero referido a la misma prohibición temática. El segundo referido a que dichos funcionarios no son titulares de dicha información. Esto es que el funcionario sabe de algo pero ello corresponde a un estamento oficial de la cual él sólo es una pieza del engranaje (secretos oficiales)<sup>39</sup>. En el ordenamiento procesal penal español, esta limitación de tema probatorio está regulado en el artículo 417.2 de la LECrim español.

<sup>37</sup> Cfr. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del Proceso debido. Barcelona: Bosch, 1995. Págs. 166-167.

<sup>38</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Ob. Cit. Pág. 134.

<sup>39</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. Pág. 20. En este mismo sentido se manifiesta, magistralmente GÓMEZ COLOMER. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. Ob. Cit. Pág. 135.

Siendo el caso que la delimitación de estas prohibiciones de temas probatorios tienen su fundamento en una actitud tuitiva de los derechos fundamentales en el proceso penal, razón por la cual se incardinan con ciertas garantías constitucionales que en bloque constituyen el principio del debido proceso, también estarán incluidas dentro de estos supuestos los referidos a tales derechos fundamentales susceptibles de vulneración mediante la investigación procesal. Tales son, en primer término, aquellos que integran el núcleo de la intimidad personal, tanto atendiendo a su contenido ideológico, religioso, político y demás creencias. Derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en todas las constituciones modernas de corte democrático; aún cuando una posible vulneración de tales derechos, mediante su declaración, no conduzcan a la obtención, por estos medios, de datos incriminatorios y vinculantes al el objeto del proceso penal (hecho punible). Es decir, constituye una prohibición absoluta. En el caso de la Constitución española, tales derechos han sido reconocidos en el artículo 16 CE. Como también, en segundo término, aquel extremo de la intimidad personal más absoluto, sobre el cual ninguna actividad investigadora puede entrar a develar; tales como la identidad sexual u otros datos que el derecho constitucional, a propósito de la regulación de los datos informáticos, ha venido en llamar «datos calientes» o «sensibles».

Este extremo ha sido reconocido en la Constitución española en el artículo 18.1 CE. Aquí, también, creemos, rige una prohibición absoluta en el develamiento de la información.

**El caso de los Abogados en ejercicio** es de naturaleza especial, ya que éstos cuando actuando en defensa de un procesado penalmente, se enteran de la certeza en la relación de autoría entre su defendido y el hecho punible que se investiga o, en su defecto, sólo tienen acceso a cierta información que podría conducir a la verdad material, fin del proceso penal; ¿constituye también una prohibición en el objeto de prueba, o tema probatorio?

Si partimos desde un marco de garantías constitucionales que especifiquen un tratamiento del libre ejerci-

cio de la profesión titulada, como es este el caso, tal tratamiento constitucional estaría detallado en el artículo 36 CE pero no consagrando un derecho fundamental específico sino preceptuando tal ejercicio bajo una determinación legal fuera del ámbito constitucional. Tal libertad de ejercicio profesional, sin embargo, estaría tutelado, indirectamente, como producto de la materialización de la libertad en el desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 10.1 CE.

Hasta aquí, la regulación constitucional del «libre ejercicio profesional» no significa, per se, el reconocimiento a un derecho fundamental sino sólo el reconocimiento de una actividad institucional cuyos límites en el ejercicio estarán regulados en una ley especial. Pues dicha ley especial estará dada, en el caso español, por el **REAL DECRETO 2090/1982**, de 24 de julio (Estatuto General de la Abogacía), la misma que, necesariamente, deberá ser leída, integradamente, con la norma

específica, dentro del fuero procedimental, en la que se mueva el profesional del derecho. En nuestro caso la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De esta forma el citado Estatuto General de la Abogacía, en su artículo 41.1, reconoce para el Abogado el deber y derecho al secreto profesional, el mismo que le permite resistir al mandamiento hipotético de suministrar cualquier información, ya sea de carácter personal y documental, que puedan perjudicar a su cliente. Del mismo modo la LOPJ establece en su artículo 437.2 el deber de guardar secreto sobre todos los hechos o noticias a las cuales hayan tenido acceso por efecto del ejercicio de su profesión. Por su parte la LECrim, manda dispensar a los Abogados de la obligación de declarar judicialmente, en calidad de testigos, respecto de tales datos probatorios y demás noticias que puedan empeorar la situación de su defendido, en tanto que hayan tenido acceso a dicha información en el ejercicio de su profesión y a propósito de la defensa del procesado.

Integrando las normas citadas, el derecho a tal reserva respecto de los hechos y/o noticias que perjudiquen a su cliente, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se traduce en el impedimento legal de ser llamado a declarar sobre tal tema de prueba, en calidad de testigo. En definitiva, pues, si concebíamos

---

*«Determinados hechos o contenidos facticos del objeto de prueba no son susceptibles (...) de prueba; dentro del proceso penal...»*

---

el sistema de pruebas prohibidas, como el conjunto de reglas jurídicas que limitan la actividad investigadora del Estado, en el proceso penal, ésta limitación, aunque no referida en vía directa a la vulneración de un derecho fundamental, constituye en verdad una prohibición temática de prueba. El contenido de tal prohibición estará dado por aquello que el letrado sabe, producto de su relación directa, en términos de defensa procesal, respecto de los hechos o noticias que incriminen (y obviamente perjudiquen) al procesado, en relación al objeto del proceso penal: el hecho punible.

Caso distinto se configura cuando, en el caso de, un Funcionario de prisiones, en el ejercicio de sus obligaciones ordinarias, toma conocimiento de elementos fácticos que pueden esclarecer a ayudar a ello, en la investigación de un delito cualquiera, respecto del cual el procesado esté sufriendo prisión provisional. De ser así al Funcionario no sólo no le está permitido guardar silencio sobre tales hechos o noticias vinculantes, en la relación de autoría -con el delito que se pretende investigar y el sujeto a prisión provisional-, sino que se le obliga a poner en conocimiento de las autoridades competentes. En caso contrario, el Código Penal español sanciona tal comportamiento como un delito de estructura omisiva (art. 408 CPE).

### 2.1.2. Prohibiciones de medios de prueba

Partiendo de la idea conceptual de que los medios de prueba son aquellas diligencias procedimentales que se articulan en la lógica del proceso penal, con vistas a la obtención de la verdad, distintas a los elementos de prueba los cuales se refieren a los datos objetivos funcionales a tal fin; la prohibición referida a los medios de prueba estarán referidas a estas diligencias. De este modo, partiendo de la clásica sistematización de las diligencias probatorias, la prohibición del medio de prueba personal, referido a las testificales, será una de las más importantes. En tal sentido, dentro de este rubro estarán adscritos lo que en doctrina se conoce con el nombre de «testigos por excepción». Supuestos en los que el sujeto hipotéticamente llamado a rendir su declaración testimonial (ya sea directa como indirecta) está exento de la obligación de concurrir al órgano competente a fin de testificar.

Justamente la Ley Enjuiciamiento Criminal española, en su artículo 416 (in extenso) establece una relación bastante detallada de quienes son considerados dentro de esta clase de testigos: 1) los parientes del proce-

sado en línea directa, ascendente y descendente, 2) el cónyuge, 3) los hermanos del procesado, consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, 4) los parientes naturales respecto de la madre, en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos. Sin embargo, advertimos que en estos casos la prohibición no es absoluta ya que alguna de estas personas pueden renunciar al derecho que les asiste: a no declarar en contra del procesado en cuanto les une con aquél un vínculo de familiaridad.

Como veíamos, el caso del Abogado defensor es un supuesto de prohibición de tema probatorio en donde el mencionado sujeto procesal tiene el deber (y el estado de respetar tal limitación) de abstenerse de manifestar todo lo referente a los datos que se relacionen con el «*thema probandum*», respecto del sujeto al cual defiende. Pero más allá de esta delimitación en el contenido de esta prohibición, nos podríamos preguntar, a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo antes citado (416.1 y 416.2 LECrim) si el Abogado puede o no renunciar al derecho que le asiste respecto de la reserva de información, por el ejercicio profesional (artículo 41.1 del Estatuto General de la Abogacía), aunque tal renuncia al silencio implique una vulneración de la obligación que le impone el mencionado Estatuto. Es más que siendo así el caso a analizar, un tal Abogado incurra en la descripción del tipo penal del artículo 467.2 del CPE. ¿Estaríamos ante un supuesto de prohibición temática, o de medios probatorios? ¿Constituiría una verdadera prohibición probatoria?

Creemos que la respuesta razonada a esta interrogante se desarrolla a partir, primero, de ubicar este supuesto de renuncia y vulneración conjunta, por parte del Abogado, respecto de la reserva en la información producto del ejercicio profesional. En esta medida, el ser un «testigo de excepción» implica la posibilidad de renuncia a una dispensa procedimental respecto de declarar sobre un objeto de prueba, en cuya titularidad sí concurre el dispensado. Este sería el régimen de las personas detalladas en el artículo 416.1 de la LECrim y este sería el concepto estricto de las prohibiciones probatorias referidas al medio de prueba personal (prueba testifical). No así el caso del Abogado, ya que a este le está prohibido, siquiera, hacer mención de cualquier noticia o elemento de prueba que vincule al

procesado con el objeto del proceso penal (hecho punible). Al haber conocido, dicha noticia, como producto de su ejercicio profesional (aún en el caso de no haber asumido, formalmente, la defensa procesal del inculcado o acusado sino sólo, incluso, en mera consulta).

Si ello ocurriera, ya sea aportando elementos de prueba o haciéndose citar (y aparentemente renunciado a su derecho a la reserva) a fin de colaborar en la obtención de la verdad (y consecuentemente perjudicando al procesado) no sólo se le imputará cargos éticos sino que también será susceptible de acción penal en su contra (artículo 467.2 CPE). A su vez, si al Órgano Jurisdiccional se le ocurriera admitir tales pruebas, tal incorporación sería nula al haberse trasgredido el debido proceso que, como hemos visto, reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva con prohibición de la indefensión (artículo 24.1 CE) la misma que, en este caso, vendría asegurada por la limitación que la Ley le impone al letrado respecto del manejo de la información que le llega, a la vez que al Juzgador (respecto de la admisión de este tipo de pruebas). Es claro, entonces, que estamos ante un supuesto de **prohibición de temas probatorios y no de medios probatorios en cuyo seno descansa el concepto de los testigos por excepción, y el Abogado no puede ser testigo, ni siquiera por excepción.**

Otro nivel en el contenido de esta prohibición, referido a los medios de prueba, está referido a las *testificales anónimas*. Como ya se ha visto la regla interpretativa que constituye el principio general de orden jurisdiccional del debido proceso, exige que dentro de ella, y como exigencia constitucional en la salvaguarda de los derechos fundamentales en el proceso penal, se contemple, como ya lo ha hecho la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español (TS), el principio de *contradicción*<sup>40</sup>. Este principio procesal, definido por un gran sector de la doctrina en función a la garantía que presta en favor del procesado quien no podrá ser condenado - *lo cual implica una valoración positiva de la prueba en lo que respecta el juicio de responsabilidad penal del mencionado sujeto procesal* - sin que antes no se le haya dado la posibilidad de contradecir y discutir los alcances del material probatorio

admitido en su contra. Esto es que tal principio procesal, de la mano con el de *publicidad e inmediación*, establecen las bases de una práctica probatoria legal a efectos de desvirtuar la presunción de la inocencia. A su vez, garantizan una conducta procesal por parte del procesado en favor de su defensa. Siendo así, también se conecta, ineludiblemente, con el derecho a la defensa.

Entonces, mal se podría defender el procesado y menos aún podría contradecir y discutir el alcance de las pruebas **testifical anónima** si al momento de su incorporación, y aún en la práctica, no existe plena identificabilidad del sujeto aportante o del titular de la información vertida al proceso. En este sentido se ha pronunciado la doctrina italiana de la mano con su legislación, al referirse a ella en sentido expreso. Como ya se ha visto, en el sistema español, ha sido el Tribunal Supremo quien se ha manifestado al respecto, aunque no en sentido estricto sino más bien perfilando un marco de interpretación genérica, respecto de tal principio procesal de contradicción, que, creemos, es más útil.

### 2.1.3. Prohibición de métodos probatorios

Existen una serie de métodos, en la investigación de la verdad, que podrían atentar contra ciertos derechos fundamentales, en el proceso penal. El principal, creemos, se refiere a la no declaración autoinculpatória y en su caso a guardar silencio sobre tal extremo de la investigación, en la adquisición del dato probatorio o, dado el caso, en la práctica de la prueba (24.2 CE). Pues, aquellos métodos que contravengan esta disposición estarán vedados y su verificación, acarreará la nulidad de la actuación judicial que la incorpora o practica en el proceso penal (artículo 11.1 LOPJ), por vulnerar un derecho fundamental. Tales métodos estarían dados, principalmente, por la coacción u otros métodos que vulnere e interfiera en la capacidad psicofísica del procesado. En el primer caso estaríamos en las tradicionales adquisiciones probatorias mediante torturas y/o bajo amenazas. En el segundo caso, en todos aquellos supuestos de desviación de las funciones psicofísicas normales del individuo, tales como el narcoanálisis, hipnosis, detector de mentiras, etc.

<sup>40</sup> STS de 05 de noviembre de 1979 (RA 3840) Considerando 1º; Sobre su carácter esencial en relación con el debido proceso, SSTS de 4 de noviembre de 1986 (RA 9344) vinculación directa con los arts. 6.3. d, CEDH y 11 DUDH, también sobre garantía constitucional STS de 7 de febrero de 1990 (RA 1289) F. J.1.º En relación a su necesaria concurrencia para evitar la indefensión, STS de 9 de mayo de 1991 (RA 3617) F.J.2.º). Cfr. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. Ob. Cit. Pág.233.

Si fuera el caso que un elemento de prueba ha sido incorporado al proceso penal en condiciones adversas a las antes detalladas, sucediendo esto dentro de la fase netamente preliminar o de investigación policial, al momento de su práctica, bastará que el procesado, en ejercicio de su derecho de defensa, y a la luz del debido proceso, cuestione la validez de ese material probatorio para que la carga de prueba respecto de la invalidez de dichos elementos se invierta en contra de los funcionarios-policías. Así se ha pronunciado la doctrina española y su jurisprudencia.

## 2.1.4. Prohibición de prueba relativas o prohibición condicional de la prueba

La doctrina procesal italiana, como apunta FLORIAN, establece un lineamiento conceptual respecto de las prohibiciones probatorias de forma que las limitaciones que ellas suponen serán absolutas o relativas<sup>41</sup>. En el caso de las absolutas, el contenido de ellas estarán definidas por aquellos hechos o circunstancias imposibilitados de ser probados en el proceso penal. A estos se llegan debido a la existencia de ciertos intereses o bienes jurídicos que, jurídica y socialmente, poseen una relevancia absoluta. Un ejemplo de estas estarían definidas, como apunta GUARIGLIA<sup>42</sup>, por lo que en el derecho argentino constituye la prohibición de prueba de la filiación adulterina. Sin embargo, nos percatamos que dentro del esquema desarrollado por nosotros, la base de estas prohibiciones estarían dadas por la referida a la prohibición en la obtención, adquisición o práctica de la prueba referida al tema. Dentro de este mismo esquema (el italiano), las limitaciones relativas estarán contenidas por aquellas referidas al órgano de prueba, medios de prueba y procedimiento probatorio. Dentro del primer caso se juntan, a un mismo nivel, la prohibición de que ciertas personas presten manifestación en contra del imputado. Tales personas son, en este caso y sin diferencias cualitativas entre unas de otras, los parientes, cónyuges u otras vinculadas al deber de la reserva profesional o en la práctica del oficio.

En un segundo plano se ubican las «limitaciones relativas, referidas a los medios de prueba». En este caso, importarán las formalidades de las cuales este revestida tal medio probatorio a efectos de producir la convicción en el conocimiento del hecho o circunstancia a probar. Dentro de este modelo italiano se reconocen las formalidades *ad probationem*, las cuales importarán, respecto del objeto de prueba, la única forma posible de acreditar un hecho o circunstancia fáctica (por ejemplo, el tener que probar con un certificado expedido por autoridad pública, un hecho o circunstancia determinado, como el estado civil o la calidad de residente o domiciliario de una persona).

En tercer lugar se tienen las «limitaciones relativas, referidas al procedimiento de asunción y valoración»; según el cual los efectos buscados por un elemento de prueba -acreditar la verdad material- sólo se hará efectivo en tanto que se respeten todas las garantías procesales en beneficio del procesado. En todos los casos, no se

impide que el hecho o circunstancia valioso para los fines del proceso penal, puedan ser probados por otros medios admitidos por la Ley y por procedimientos que la Ley prevé<sup>43</sup>.

En nuestro esquema, como ha de verse, resulta inaplicable estos criterios de limitación relativa. Dado que, en el sistema español, al analizarse las prohibiciones probatorias referidas al tema, encontramos en los llamados testigos por excepción, un extremo prohibitivo en sentido relativo definido a partir de la posible renuncia que pueden hacer los vinculados al procesado, en grado de familiaridad (artículo 416.1 -in fine- LECrim), previa advertencia del Juez. Así también una prohibición absoluta en cuanto al Abogado defensor, quien está vinculado al procesado por su ejercicio profesional. Tal limitación absoluta se fundamenta, como hemos visto, desde una perspectiva formal en tanto su vulneración, en sí misma, constituye un delito contra la administración de justicia (467.2 CPE) y, en sentido material, vulnera el derecho el debido proceso en cuanto a

<sup>41</sup> FLORIAN, Eugenio. Ob. Cit. Págs.146 y ss.

<sup>42</sup> GUARIGLIA, Fabricio. Ob. Cit. Pág. 76.

<sup>43</sup> Ibidem.

la garantía de tutela judicial efectiva con prohibición de indefensión; es decir, del derecho de defensa (artículo 24.1 CE).

Pues como ya hemos visto, partiendo de la idea general, no correspondiente al esquema italiano, el mismo que resulta inaplicable a los términos de análisis definidos en este trabajo, la relatividad a que nos referimos con este apartado es una definida en términos condicionados. Es por ello que un sector de la doctrina alemana habla de estas como **prohibición condicional de la prueba**.

De este modo, partiendo de una idea de **validez relativa de la prueba**, tal validez estará condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos legales -ya sea formales o materiales- en el acto procesal (no sólo judicial -el proceso penal se inicia con la primera sospecha en la comisión de un hecho reputado como punible por el Estado-). Se precisa pues, para la validez de la obtención, adquisición o práctica de la prueba, de ciertas formas que la Ley ha predefinido.

En este nivel, creemos, es necesaria la distinción que existe entre pruebas prohibidas (ilegales) en contraposición con las pruebas irregulares. Asimismo la revisión de los criterios de ponderación existentes a efectos de determinar la posibilidad de valoración de una prueba cuya admisión y práctica, en el proceso penal, se ha realizado en desobediencia de ciertas normas jurídicas cuya relevancia pueden o no afectar derechos fundamentales.

En el primer caso, la Jurisprudencia española se ha manifestado en repetidas oportunidades respecto de la diferencia que existe entre las pruebas prohibidas (ilegales) y las irregulares<sup>44</sup>. En esta medida, dicha Jurisprudencia alude a la primera (prueba ilegal) como supuesto regulado en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al establecer que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente,

violentando los derechos o libertades fundamentales; es decir, «cuando los intereses individuales alcancen una intensidad suficiente, desde un punto de vista constitucional, su fuerza podrá imponerse al interés de la persecución penal (...) debiéndose así optar o por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía a favor del ordenamiento en su conjunto, de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas, acaso puedan ceder ante la primera cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, se prefiere la vigencia de los derechos fundamentales vulnerados a los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso». En estos casos nos hallamos en una **ineficacia plena e insubsanable**, tal como ya lo anotó la misma jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como diversas instancias jurisdiccionales de orden Provincial español<sup>45</sup>. Tal mención a la imposibilidad en la producción de efecto alguno bajo la etiqueta de «ineficacia plena e insubsanable», respecto de una actuación probatoria, en tanto judicial y en orden a su naturaleza de acto procesal, no es sino el efecto o producto de una calificación previa, de orden legal, que como lo anota HERNÁNDEZ GALILEA es una causal concreta y expresa de NULIDAD de la misma<sup>46</sup>. De esta forma tal calificación previa de NULIDAD, no se produce sólo por una mera omisión o quebrantamiento de un supuesto o requisito procesal cualquiera sino que como lo anota DE LA LEONA ESPINOSA, reside en la importancia del requisito omitido o en la gravedad de las consecuencias derivadas de su infracción<sup>47</sup>. En ambos casos, la importancia de la tutela de los Derechos Fundamentales.

De esta forma, la jurisprudencia también se ha referido sobre las implicancias que tal ineficacia absoluta de las pruebas ilegales estarían dadas por la imposibilidad de acreditación de los datos obtenidos mediante estas pruebas (que desde ya merecen el título de prohibidas), por otros medios de prueba o ele-

<sup>44</sup> Especialmente: S. A. P. Barcelona de 29 de junio de 1993, S.A.P. Sevilla de 12 de mayo de 1993, S.A.P. Barcelona de 3 de febrero de 1993, entre otras.

<sup>45</sup> Véase STC del 29 de noviembre de 1984, SAP Barc. del 29 de junio de 1993; entre otras.

<sup>46</sup> En este sentido, el referido autor establece un sistema de entendimiento de las nulidades procesales, adscritos al régimen de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 1) Nulidades expresas o concretas (no se necesita ningún referente a otros elementos, sino los señalados por Ley): a) pruebas ilegales, b) impresencia del funcionario en la diligencia procesal, c) recusación; y, 2) Criterios generales (de acuerdo a la legislación especialmente existente para el caso). Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. *La nueva regulación de la Nulidad Procesal. El Sistema de Ineficacia de la LOPJ*. Barcelona: Fórum, 1995. Págs. 207 y ss.

<sup>47</sup> DE LA LEONA ESPINOSA, José María Martín. Nulidades de actuaciones. Principios generales y clasificación. Separata. Pág. 16-17.

mentos de prueba a incorporarse al proceso o practicarse en el mismo.<sup>48</sup>

No así es lo que sucede con las «pruebas irregulares» u obtenidas con infracción de las normas procesales. Tales actos aunque viciados de nulidad, respecto de las pruebas que aportan al proceso, sí son subsanables o por lo menos pueden acreditarse, tales hechos o circunstancias referidas al *thema probandum*, mediante otros medios de prueba<sup>49</sup>. El régimen, pues, de estas pruebas, a fin de calificarse como de ineficacia absoluta o relativa, aunque contempladas como supuestos concretos de nulidad, de acuerdo a HERNÁNDEZ GALILEA, no merecerían tal grado absoluto por cuanto, de acuerdo a DE LA LEONA ESPINOSA, «al no poseer el requisito de esencialidad» serían nulas sólo respecto de sí mismas. Esto quiere decir que susceptibles de ser compatibilizadas, con la función que pretende dentro del proceso, mediante otros medios de prueba. Esto es que, ambas, siendo inválidas, su eficacia estará supeditada al juicio de esencialidad de la omisión que ella ha producido en el proceso.

En este sentido, la validez de las pruebas prohibidas relativas o condicionadas, estarán sujetas a ese juicio de esencialidad o no, en la omisión de normas de orden procesal o en la vulneración de derechos fundamentales referidos al principio del debido proceso. En estos casos, saltan a la vista dos supuestos claros:

- 1) La ausencia del secretario judicial en el registro domiciliario, y;
- 2) La omisión de la motivación en la orden de detención firmada por el Juez.

En el primer caso, los elementos de prueba aportados al proceso serían válidos y surtirían efecto sobre el juicio decisor del Juzgador en tanto sean susceptibles de subsanación, en orden a su práctica, por medio de un medio probatorio cualquiera, por ejemplo, con el reconocimiento del material incautado o la declaración testimonial de algunos de los participantes en la diligencia. En el segundo caso, al vulnerarse un requisito procesal relativo a las actuaciones judiciales

y más a las resoluciones judiciales (art. 142 LECrim y artículo 17.3 CE), y siendo que vulneran un derecho fundamental en orden al principio del debido proceso, significado por el derecho de defensa, su esencialidad sí debe importar una ineficacia absoluta.

En este sentido, podemos encontrar tanto en la doctrina como en la Legislación, supuestos de obtención y práctica de la prueba cuya prohibición estarán condicionadas a una serie de requisitos:

- a) En la declaración del procesado en tanto confesión, artículo 406 LECrim, 385 LECrim y ss.
- b) En el reconocimiento de la identidad del delincuente, artículos 369 y 370 LECrim.
- c) En el registro domiciliario, artículo 546 LECrim y ss, artículo 569 LECrim y ss artículo 18.2 CE.
- d) En el secuestro de la correspondencia, artículo 573, 574, 575 LECrim y ss.
- e) En las intervenciones telefónicas, artículo 579.2 LECrim.
- f) En la detención, artículo 17.3 CE y artículo 486, 489 y ss LECrim; entre otras.

Esto quiere decir que, en nuestro esquema de inspiración germana, lo que la doctrina española ha denominado como «exigencias generales para la restricción de los derechos fundamentales», en torno a la lesión de derechos fundamentales susceptibles de serlo en el proceso penal (DÍAZ CABIALE)<sup>50</sup>, o de «limitabilidad de los derechos fundamentales» (ASENCIO MELLADO)<sup>51</sup> respecto de la posibilidad de limitación de tales derechos en el proceso penal y su eventual ilicitud; no son otra cosa que prohibiciones condicionales en tales restricciones o limitaciones de aquellos derechos fundamentales susceptibles de tal afección en el proceso penal. En ambos casos, creemos, tales requisitos o presupuestos a fin de legitimar la restricción o limitación de los derechos fundamentales serán criterios complementarios a fin de dilucidar si una obtención, práctica o actuación probatoria es lícita o de no serlo, surtirá algún efecto o no dentro del proceso penal, con miras a formar convicción positiva (certeza), en el Juzgador, respecto del juicio decisor en la condena del procesado. Tales cri-

<sup>48</sup> STS del 29 de marzo de 1990 y auto de junio de 1992, las cuales siguen la teoría del «fruto del árbol prohibido o envenenado».

<sup>49</sup> SSTs del 18 de octubre de 1990, 23 de octubre de 1991 y 27 de enero de 1992.

<sup>50</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio. Admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1992. Págs. 129 y ss.

<sup>51</sup> ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Págs. 91 y ss.

terios, ya y como lo ven los autores antes citados serían: 1) el de reserva jurisdiccional, 2) el de proporcionalidad, y; 3) el de garantía en la ejecución de la suspensión del fallo<sup>52</sup>. También de: 1) exigencia en el respeto al principio de legalidad, 2) autorización judicial, y; 3) principio de proporcionalidad<sup>53</sup>.

## 2.2. Prohibición en la utilización o en la valoración de la prueba

Como ya lo ha anotado la doctrina Alemana, este tipo de prohibiciones (llamados por GÖSSEL de «utilización de resultados probatorios» y por GÓMEZ COLOMER «aprovechamiento de resultados probatorios»), se sub-dividen en dos grupos. En el primer caso, según apunta DENCKER, están vinculadas a la lesión de una prohibición de obtención, adquisición o práctica de la prueba. En el segundo caso no están vinculadas a dichas prohibiciones<sup>54</sup>. En este sentido, como ya se ha visto, ROGALL denomina a las primeras como *prohibiciones de valoración probatoria dependientes*, y a las segundas *prohibiciones de valoración independientes*; definidas, en ambos casos, en función de si se apoyan o no en la lesión de una prohibición de adquisición, práctica u obtención de la prueba<sup>55</sup>.

En este sentido tal y como lo afirma GUARIGLIA, en el primer caso no existen mayores problemas de delimitación y de contenido pues la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. No así en el segundo caso en el que los problemas sí son gruesos, además que resultan ser la mayoría, y en el que se incluyen, al decir del mismo autor, las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales (*verfassungs-rechtlichen Verwertungsverbote*)<sup>56</sup>. En este nivel existen encontradas opciones de orden general las mismas que pueden describirse desde dos líneas argumentales en tensión constante: por un lado

- 1) La afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad, no es un valor absoluto dentro del procedimiento, y que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su pretensión punitiva aquella información que haya obtenido en forma irregular; por otro,
- 2) La relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso a argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales como límite a la prosecución penal<sup>57</sup>.

---

*«Es necesaria la distinción que existe entre pruebas prohibidas (ilegales) en contraposición con las pruebas irregulares...»*

---

En esta medida, la doctrina y la jurisprudencia reconocen, a nivel comparado, ciertas líneas de interpretación y función que sobre la prohibición de la valoración de la prueba se pretende establecer. Por un lado, *la Corte Suprema alemana* ha resuelto sobre el «ámbito de de-

rechos» del procesado; según la cual cuando la adquisición o práctica de la prueba lesione tales «ámbitos» individuales de derecho, entonces su valoración será prohibida. En esta medida se recurre al «fundamento de la disposición» vulnerada y el interés para el que ha sido creada. De esta forma sólo se atiende si se ha vulnerado o no una disposición legal que afecta al ámbito de los derechos del procesado y si en tal medida dicho precepto legal protegía los derechos de dicho procesado. El inconveniente que ofrece esta solución estriba en que ignora que la *regularidad* del procedimiento seguido en contra del procesado también debe tutelarse y respetarse bajo el velo garantista que encierra todo proceso penal en un Estado de Derecho.

Por otro lado el derecho angloamericano opta por una solución supeditada a los efectos preventivos sobre los órganos de control que la prohibición de la valoración probatoria debería tener. En esta medida esta solución ha desestimado la exclusión de una prueba obtenida en forma irregular cuando se considera que

<sup>52</sup> ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. Págs. 91-102.

<sup>53</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio. Ob. Cit. Págs. 133-137.

<sup>54</sup> DENCKER, *Ibid. Loc. Cit.*

<sup>55</sup> ROGALL, Klaus. *Ibid. Loc. Cit.* En este mismo sentido GUARIGLIA; Cfr. GUARIGLIA, Fabricio. *Ibid. Loc. Cit.*

<sup>56</sup> Cfr. GUARIGLIA, Fabricio. Ob. Cit. Pág. 77.

<sup>57</sup> GUARIGLIA, Fabricio. Ob. Cit. Pág. 78.

dichos fines preventivos no resultan necesarios. Un ejemplo estaría dado cuando un Policía actúa en la creencia objetivamente razonable de que su comportamiento no vulnera ningún derecho fundamental pero objetivamente sí lo hace. Este ejemplo podría extenderse al caso en que el mismo Policía, actuando como agente encubierto, provoca la comisión de un hecho punible instigando al sujeto provocado en la misma realización de dicho delito. En este caso, dicho Policía también habrá actuado en la creencia de obrar legítimamente, bajo el revestimiento investigador de tal agente encubierto además de los fines de las que está revestida su actuación como tal cual es la de facilitar la persecución penal ahí donde la criminalidad resulta más difícil de descubrir. En estos casos, como lo anota GUARIGLIA, los beneficios preventivos que presenta la regla de exclusión quedan supeditados por los propios costos: «imputados culpables pueden resultar libres o recibir sentencias reducidas», por lo que resultaría innecesario (y hasta perjudicial) recurrir a la exclusión de la prueba adquirida mediante ingerencia irregular (*good faith exception*). Aunque la posición de la mayoría, dentro de este ámbito, se inclina por la ponderación de costos como «factor de corrección», una minoría importante la rechaza bajo la argumentación de que tal exclusión resulta de un imperativo constitucional.

En la doctrina española ha sido GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO quien ha expresado la solución en torno a esta problemática interpretativa y de valoración de las pruebas obtenidas, adquiridas y practicadas en lesión de la prohibición de las mismas.

En este sentido el referido autor ha trabajado tres posibles soluciones:

- a) Circunscribir exclusivamente la «prueba prohibida» a los casos en que resulten vulnerados los derechos fundamentales recogidas en la Sección 1 Cap. 2 del Título I de la Constitución.
- b) Considerar indiferente el rango del derecho vulnerado por el desconocimiento de las normas reguladoras de la obtención y práctica de la prueba y entender que toda infracción de las normas procesales en la materia implica el des-

conocimiento de los arts. 24.2 y 14 C.E., en cuanto reconocen los derechos a un proceso «con todas las garantías y a la igualdad de las partes» (en nuestra concepción, en tanto se reconoce la aplicabilidad del principio constitucional del debido proceso en un cúmulo de derechos fundamentales de incidencia procesal), y que; por tanto, en todos estos casos, la valoración de la prueba está constitucionalmente prohibida.

- c) Adoptar una postura intermedia y aceptar que, en principio, la vulneración de un derecho fundamental impide la valoración de la prueba resultante y que, en otros supuestos, debe ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto <sup>58</sup>.

En las dos primeras posturas, como lo afirma GONZÁLEZ-CUELLAR, y más precisamente en la primera, se tendería a ignorar los intereses individuales de los ciudadanos; mientras que en la segunda, el riesgo de los intereses comunitarios o colectivos sería latente. Para evitar este tipo de inconvenientes en orden a la ponderación de intereses, y citando la doctrina alemana, sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán la misma que, como hemos visto se solidariza con la «Teoría del ámbito jurídico» (*Rechtkreisstheorie*) o de la «disponibilidad» en atención a los derechos fundamentales involucrados con la vulneración de una norma de orden primario, tal como ya lo habíamos citado antes, es que opta por una solución intermedia. Para ello (aún a pesar de las oposiciones que en el ámbito de la misma doctrina alemana ha existido a partir de la invocación del respeto, incluso, de todas las formalidades procesales como manifestación del derecho a un «proceso con todas las garantías», esto es, respetando las disposiciones hasta meramente procesales - *Justizförmigkeit*-), GONZÁLEZ-CUELLAR hace coincidir su solución con lo opinado por ROXÍN en tanto considerar que una aplicación general de cualquiera de los dos principios es peligrosa. El criterio corrector debe ser entonces, y en eso coincidimos tanto con el citado autor como con ROXÍN, sólo en el extremo de las valoraciones independientes, el de la ponderación de intereses al momento de dilucidar sobre la prohi-

---

<sup>58</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990. Pág. 337.

bición o no en la valoración de una prueba obtenida con vulneración a una norma ordinaria más no lesionando, en grado directo, un derecho fundamental. En definitiva, el criterio corrector antes detallado (el de la ponderación de los intereses en juego) debe ir acompañado de un juicio sobre la proporcionalidad que debe existir entre la lesión a la norma procesal y el derecho del procesado, con un obligatorio cuidado respecto de las responsabilidades penales y/o extrapenales en las que el funcionario estatal pueda incurrir <sup>59</sup>. De esta manera, discrepamos con GUARIGLIA para quien la prohibición es absoluta, tanto cuanto la prohibición en la adquisición, obtención o práctica de la prueba se vincula de modo directo con los derechos fundamentales como cuando no. En este último caso siempre que la vulneración de normas de orden ordinario, cuanto más con rango constitucional, se vinculen a las reglas procesales tuitivas de los derechos del procesado <sup>60</sup>.

Sin embargo, aunque concluyamos conforme al párrafo anterior, debemos advertir que este criterio corrector de «la ponderación», puede ser peligroso si no se complementa con otros de orden alternativo, sobre todo en sociedades con sistemas jurídicos de débil tradición democrática, como las latinoamericanas. Realidades jurídicas en donde aún partiendo de un análisis casuístico y ponderando entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, al negarse la existencia de una prohibición de valoración probatoria (allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de «criminalidad grave y de difícil esclarecimiento») se estarían lesionando verdaderos derechos fundamentales y priorizando programas y fines políticos bajo revestimientos efectistas en la lucha contra el «crimen», del gobierno de turno, en lugar de políticas criminales realistas y respetuosas de los derechos fundamentales. Así pues, lo peligroso de este sólo razonamiento (en este tipo de sociedades), a efectos del estudio que estamos realizando en torno a la **prueba provocada**, se desprende por la enorme elasticidad en la permisión de este tipo de adquisición probatoria, bajo el pretexto de utilizarse sólo en los casos de criminalidad grave o de difícil esclarecimiento como por ejemplo el narcotráfico -en sus diversas modalidades-, el lavado de dinero, el terrorismo, etc; o, incluso, ampliando tanto la lista de delitos a

combatirse con esta técnica de investigación como el modo y la forma de provocar y obtener dichas pruebas vinculantes con el delito a sancionarse. Todo a la medida del gobernante de turno o de la clase en el poder, llegándose así a un modelo de Estado-Policía en donde se vulneraría no sólo derechos fundamentales del sujeto provocado sino que también se pondría en tela de juicio la verosimilitud de la decisión criminal por parte del procesado quien ha sido provocado en la comisión del delito. Es necesario, pues, como le hemos hecho en este trabajo, partiendo de la premisa de la validez condicionada de la prueba provocada, producto de un razonamiento ponderador, complementarla con otros niveles de validez condicional a fin de evitar abusos y violaciones de derechos fundamentales. Todo ello, afianzando un sistema de justicia criminal, a la vez que efectivo en la lucha contra el crimen no convencional -básicamente-, respetuoso de los derechos fundamentales.

Por otro lado, en orden a una comprensión en el panorama de su desarrollo jurisprudencial, debemos anotar con DÍAZ CABIALE que si bien es cierto la solución de la doctrina procesal española, respecto de la oportunidad en la exclusión de la prueba obtenida con lesión a un derecho fundamental (prohibida) -ocurriendo ello en el momento de la valoración de la misma- y primando el derecho a la presunción de inocencia, se hace viable a partir de la aparición de la STC 114/1984 del 29 de noviembre. En esta sentencia se consagran muchas aspiraciones de quienes, desde una opción de práctica judicial y otros desde una opción teórica, pretendieron siempre el reconocimiento de ésta; enfrentando incluso criterios anteriores a dicha Sentencia bajo el pretexto de un a) no recogimiento positivo en norma legal alguna y b) inexistencia de tal principio en la jurisprudencia, constituyendo una mera aspiración de *lege ferenda*. Ciertamente, como sigue anotando el mismo autor, esto motivó su formulación en textos legales como es el caso del artículo 11.1 de la LOPJ de 1985. Pues retomando lo antes dicho respecto de la reminiscencia en la viabilidad de este criterio de exclusión o de prohibición en la utilización de las pruebas adquiridas, obtenidas o practicadas con infracción de derechos fundamentales, es menester hacer un breve estudio de la Jurisprudencia que más ha trabajado este tipo de casos: la Norteamericana. Esto no significa

<sup>59</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. Cit. Pág. 340-341.

<sup>60</sup> GUARIGLIA, Fabricio. Ob. Cit. Pags. 77 y ss.

desconocer que en Europa también se haya trabajado este tema. La doctrina, de manera unánime, ha reconocido siempre que el primero quien ha formulado el valor que una prueba puede tener en el proceso penal, si su incorporación al mismo supone la lesión de derechos fundamentales, tanto más las diversas manera de prohibición probatoria; ha sido el alemán BELING. También la jurisprudencia alemana ha trabajado en torno a los diversos supuestos de prohibición en la práctica y utilización de la prueba. Sin embargo, reiteramos, han sido los norteamericanos quienes más han trabajado esta institución del derecho procesal.

La Jurisprudencia Norteamericana ha reconocido hasta tres momentos, los mismos que más o menos reconocen una temporalidad, en el marco de la exclusión de valoración probatoria o de prohibición en la utilización de pruebas cuya incorporación al proceso ha lesionado, directa o indirectamente,

derechos fundamentales: 1) La doctrina de la *exclusionary rule*, 2) La doctrina del *balancing-test*, y; 3) La doctrina del *good-faith exception*. En los tres momentos el marco dentro del cual cada una se desarrolló ha sido la doctrina «*the tree of the poisonous tree*»<sup>61</sup>.

- 1) De 1886 a 1961: La doctrina de la *Exclusionary rule*. En este momento la prohibición en la utilización de la prueba obtenida o practicada de manera ilícita es prohibida. Es decir, no importa si la lesión al derecho fundamental, con la obtención, adquisición o práctica, es directa o indirecta. Basta que, habiéndose lesionado normas ordinarias de orden procesal y/o constitucional vinculada al reo en orden a una interpretación integral y sistémica, en su favor, para que la prohibición de la utilización de la prueba surta sus efectos exclusionarios. La prueba no debe ser considerada a efectos de formar convicción en el juzgador.
- 2) De 1961 a 1984: la doctrina del *balancing-test*. Esta doctrina jurisprudencial sopesaba el interés de la justicia con el de los ciudadanos. Sur-

gió de una necesidad en razón que en la Corte Suprema concurrían muchos casos en los que por defectos técnicos se terminaba excluyendo las pruebas que bien podrían determinar la materialización de una consecuencia jurídica en contra del procesado, quien verdaderamente sí resultaba responsable. Ello, aunada a un ambiente social de verdadera alarma por estar sacudida por una ola enorme de delitos lo que obligó a un replanteamiento de la anterior doctrina de la *exclusionary rule*. Esto significó que, partiendo de la limitación a dicha regla exclusionaria, se sopesara ella con el fin preventivo que la misma debía conservar, respec-

to de las actuaciones de la policía, en tanto «...remedio judicial creado -por el órgano jurisdiccional- para salvaguardar derechos de la cuarta enmienda a través de su efecto preventivo» (matter/affair USA Vs. Calandra). Si dicho efecto preventivo, como lo deseado detrás de la regla de exclusión no se cumplía, enton-

ces, sí se valoraría la prueba; aún cuando su adquisición vulnerara derechos fundamentales, cuando menos indirectamente.

- 3) De 1984 a hoy: la doctrina del *good-faith exception*. Esta doctrina es la que líneas muy gruesas ya hemos descrito en páginas anteriores. Básicamente estamos en el mismo propósito de restar una aplicación absoluta de la regla exclusionaria conservando siempre, respecto de ella, los efectos preventivos que, sobre labores propias de investigación llevadas a cabo por la policía, debía tener. Como ya lo anotábamos anteriormente, esta formulación mide qué tanto podría prevenir la conducta ilícita de un policía en futuras acciones si éste no es consciente de que su conducta no se ajusta a derecho. Estamos en un supuesto, dentro del derecho penal, de un error de prohibición indirecto (desde nuestra perspectiva penal Romano-Germánico), en el que la ilicitud relativa a la conducta del policía, incluso, se vería cancelada por efecto de una causa de justificación putativa, la misma que anularía el dolo en la acción;

<sup>61</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio. Ob. Cit. Pág. 106.

que es en donde pretende recaer la acción decisiva de esta regla. Entonces, la excepción de buena fe, tiene aquí su fundamento jurídico-filosófico. Esta doctrina ha sido muy criticada por subsumir el análisis de la prevención de la exclusión a ámbitos demasiado subjetivos. El alcance de la buena fe del policía, o lo que en nuestra perspectiva equivaldría a la imprudencia o culpa, afectaría la posible valoración de la prueba con prescindencia de la posibilidad que tales efectos preventivos sí podrían resultar positivos frente a esa imprudencia, llevándonos a una mayor exigencia de cuidado debido a la posición de garante y privilegio que supone la actuación policial. En todo caso, DÍAZ CABIALE se manifiesta contrario a esta opción dada su extrema subjetividad.

Como ya lo hemos visto, respecto del ordenamiento español, en donde la solución mayoritaria de la doctrina se ha pronunciado en favor de la ponderación de intereses con mediación de un juicio de proporcionalidad, expresado por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, allí donde la valoración de la prueba se hace dudosa, por cuanto no afecta directamente un derecho fundamental. En esta medida, en la opción tomada por la doctrina española y su jurisprudencia (de modo especial la STC 114/1984 del 29 de noviembre) se percibe una influencia de la doctrina jurisprudencial norteamericana referida a la doctrina del *balancing test*, en tanto su finalidad disuasoria (*deterrent effect*).

### 3. LA PRUEBA PROVOCADA COMO SUPUESTO DE PRUEBA PROHIBIDA

#### 3.1 El agente provocador y la prueba provocada

Como ya hemos visto, bajo la denominación de pruebas prohibidas se esconden una serie de actos procesales irregulares a la vez que ilegales, sobre los que recae el fin disciplinador que la institución procesal de la prohibición probatoria quiere excluir, ya sea en su incorporación al proceso como en su valoración;

determinando incluso su exclusión ya sea por ser nula (ilegal) o irregular. Estas pruebas, como también ya se ha visto, pretenden introducir elementos relativos a hechos o circunstancias que vinculen al procesado con el «Thema Probandum» a la vez que asegurar, para el mismo, una condena; en clara u oculta vulneración a los derechos fundamentales de incidencia procesal, derechos que bajo el manto interpretativo del debido proceso, como de presunción de inocencia, contradicción, proceso con todas las garantías, etc, se ven involucrados en una lógica de juego sucio, por parte del Estado.

De esta manera encontramos un supuesto temático especial, que no ha sido del todo estudiado por los tratadistas pero que, en esencia, creemos, constituye un ejemplo más -aunque de orden relativo y especial- de prueba prohibida en el nivel de la obtención de las mismas: las pruebas provocadas.

Un primer paso a efecto de estructurar una aproximación conceptual de lo que es la prueba provocada es determinar el concepto de AGENTE PROVOCADOR, desde una aproximación dogmática a la vez que interesarnos por la evolución que ha tenido en su aparición actual.

El origen de esta institución se encuentra en el período del absolutismo francés en donde para reforzar el régimen se crea la figura del **delator**, compuesta por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir favores del príncipe. En esta época su actividad se limitaba a espiar y poner los hechos en conocimiento de la autoridad, sin que se realice una actividad de provocación. Con el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar la oposición al régimen y se pasa del espionaje a la provocación<sup>62</sup>. Es de esta manera que ya desde antaño se conocía sobre las dos posibilidades de actuación del agente encubierto, que es -respecto del agente provocador- su antecesor directo; en tanto técnica de investigación del delito.

Sin embargo, su concepto actual, partiendo de la premisa que no es producto de ninguna regulación

<sup>62</sup> Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. El agente provocador en el Derecho Penal. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1982. Págs. 5 y ss ; MAGLIE, L'Agente Provocatore. Un' indagine dommatica e politica-criminale. Giuffrè Edit. Milano, 1991; LÜDERSSSEN, Verbrechenensprophylaxe durch Verbrechenprobokation, en Festschrift für Karl Peters. Tübingen, 1974, pp. 340-350. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. La Moderna Problemática jurídico penal del Agente Provocador. Valencia, 1995. Págs. 10 y ss.

legal sino sólo de construcciones teóricas, como bien lo anota MUÑOZ SÁNCHEZ, se puede establecer a partir de la formulación de dos perspectivas muy bien marcadas y diferenciadas: 1) dada su naturaleza penal-sustantiva, y; 2) dada su utilización como técnica de investigación del delito.

Dentro de la primera línea, vamos a establecer sólo algunos lineamientos centrales. Se perfilan dos posiciones, la primera que, desde una perspectiva dogmática penal, diferencia dos posiciones bien marcadas. Una que pone atención en la **finalidad de la conducta realizada** (extiende o por lo menos no limita tal noción del agente provocador). Esta posición se mantiene al margen de la definición de si «...la voluntad del inductor debe dirigirse a que el inducido, al menos, realice una tentativa o si debe o no extenderse a la consumación (formal) o terminación (material) del hecho.» **La finalidad de la conducta del agente provocador es que el sujeto provocado sea castigado por ese hecho.** Este, al decir de MUÑOZ SÁNCHEZ, es un concepto dominante en la Ciencia Penal Italiana. La escuela clásica italiana define al agente provocador como el inductor que determina a otro a cometer un delito sin que tenga interés en cometer el delito en sí, sino que éste es un medio a través del cual puede el agente provocador conseguir su propósito: la punición del provocado. En este sentido se manifiestan MANZINI, ANTOLISEI, MANTOVANI, FIANDACA-MUSCO, NEPPI MODONA, NOUVOLONE, MALINVERNI Y DELL'ANDRO poniendo de relieve que el agente provocador se caracteriza no sólo por la finalidad de buscar el castigo del provocado sino también por la ausencia de interés en la comisión del delito<sup>63</sup>. El presupuesto conceptual de esta teoría, respecto del agente provocador, es que dicho agente busca conseguir la punición del provocado. La crítica de MUÑOZ SÁNCHEZ al respecto es que tal momento psicológico es insuficiente por sí sólo para definir materialmente al agente provocador.

La segunda tendencia (dentro de la perspectiva del encuadramiento dogmático-sustantivo, como figura,

del agente provocador) tiende a limitar el comportamiento del agente provocador; poniendo el acento en que éste no tiene voluntad de consumación del delito. Es lo que podríamos llamar la formulación clásica. Para esta segunda posición dogmática penal, lo que caracteriza al agente provocador es que su voluntad no persigue la consumación, sino solamente la tentativa al delito<sup>64</sup>. Fue KÜPER quien más claramente ha formulado esta concepción del agente provocador es «aquel inductor que quiere únicamente la tentativa, pero no la completa realización del hecho principal. Se caracteriza porque en oposición al inductor normal, le falta la voluntad de consumación, especialmente el dolo del resultado». En esta dirección se manifiesta la doctrina dominante en Alemania y España<sup>65</sup>. Se afirma que la actividad del agente provocador constituye «la instigación a cometer un delito sin el propósito de que el inducido llegue a cometerlo»<sup>66</sup>.

Desde una perspectiva moderna la doctrina alemana ha señalado que lo decisivo en la conducta del agente provocador es que no sólo se requiere que dicho agente no quiera la consumación del delito sino que también debe tomar las previsiones necesarias a fin de impedir el daño al bien jurídico. En la doctrina española ha sido RUIZ ANTON quien ha introducido ese criterio, en términos que el agente provocador debe tomar las medidas necesarias a fin de neutralizar los efectos de la acción del sujeto provocado.

En esta medida, la doctrina es unánime en establecer tres requisitos formales o presupuestos de orden formal a efectos de declarar como lícita la conducta del agente provocador, en la medida de lo posible, sujeto de sanción penal:

- 1) La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho.
- 2) El agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito.
- 3) Tal ausencia de voluntad se manifiesta externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado.

<sup>63</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 34-35. La doctrina alemana en manos de BLANCK omite en su concepto toda referencia a aspectos subjetivos. En el ámbito español ha sido Antón Oneca quien se ha pronunciado por esta teoría.

<sup>64</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 37.

<sup>65</sup> Lo que caracteriza al agente provocador es que sólo quiere que su hecho provocado alcance la fase de tentativa. En este sentido BAUMANN-WEBER, STRATENWERTH, DREHER-TRÖNDLE, MAURACH/GOESSEL, SAMSON. En la doctrina española mantienen este concepto CUELLO CALÓN, PUIG PEÑA, CÓRDOBA RODA, MIR PUIG, BUSTOS RAMÍREZ, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, CUELLO CONTRERAS, REY HUIDOBRO, GARCIA VALDES. Cfr. Cuello Calón, Derecho Penal, Parte General, 18 Ed. Tomo I, Vol. II, Bosch, 1980, p. 669.

<sup>66</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Ibid. Loc. Cit.

Ahora bien, si nos ocupamos del **agente provocador como modalidad de investigación encubierta**, vamos a ver que también existen varias posibilidades de aproximación. Tanto más si, como anota MUÑOZ SÁNCHEZ, su utilidad ampliada en términos de tratar de combatir formas de criminalidad no convencional como el terrorismo, el narcotráfico y el lavado de dinero, etc, provoca en ésta, una desintegración de su noción clásica y/o una utilización mayor de orden, incluso, reglado. En esta medida, se distinguen hasta tres tipos de modalidad dependiendo de la posición del agente -encubierto- respecto de la autoridad de investigación.

- a) **El confidente:** es una persona de confianza de las autoridades de persecución penal. Es el clásico «soplón» cuya actividad siempre estará premiada ya sea con ventajas materiales y/o procesales (en caso de estar también procesado, aunque no necesariamente por el mismo delito).
- b) **El agente encubierto propiamente dicho:** Son agentes de policía que actúan a manera de infiltrados en la organización criminal, realizando tareas de prevención o represión del delito. En la medida que el confidente o el agente encubierto suministre información de delitos que ellos mismos han provocado serán agentes provocadores en sentido clásico. En la medida que el agente encubierto busque no la punibilidad del sujeto provocado, en un supuesto de delito provocado, sino sólo de ingresar a mayores redes organizativas de criminalidad, su actividad no será la de un agente provocador.
- c) El «**V. Mann**» concepto aportado por la Ciencia penal alemana que engloba todo lo antes dicho, aunque su contenido no es pacífico. En general

se podría decir que dentro de esta categoría se contienen a aquellos que siendo o no policías pueden proporcionar sólo información respecto del delito realizando otras tareas de prevención o represión.

Todo lo anteriormente dicho, se puede resumir en dos aspectos:

- 1) Se tiende a buscar un concepto genérico que pueda incluir a las distintas modalidades de investigación encubierta, sin exigir la determinación o inducción a delito, y;
- 2) Las distintas formas comisivas delictuales determinan una articulación mayor respecto de la utilización y creación de modelos de agente provocador, como técnica de investigación.

En definitiva, desde nuestra perspectiva de desarrollo procesal, el concepto de agente provocador es «*aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias*»<sup>67</sup>.

Una vez asentada medianamente, la utilidad que el agente provocador como modalidad de investigación encubierta, de orden procesal, en tanto el avance de la criminalidad, así como su concepto; falta establecer un breve panorama legislativo que grafique su aceptación o no como lo que hemos visto que es y para lo que sirve. En esta medida hemos podido reconocer normas expresas en diferentes regulaciones penales y procesales penales de diversos países de la órbita europea. Tal es el caso de Italia<sup>68</sup>, Francia<sup>69</sup>, Grecia<sup>70</sup> y España.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Ob. Cit. Págs. 38-43.

<sup>68</sup> Ley n. 162 de 26 de junio de 1990 de actualización, modificación e integración de la Ley n. 685 de 22 de diciembre de 1975 reguladora de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de prevención, cura y rehabilitación de los toxicómanos. En su artículo 25 regula expresamente una hipótesis de provocación al delito, la adquisición simulada de droga; Tenor literal del art. 97 del TUO de estupefacientes: «Conforme a lo dispuesto en el art. 51 del CP no son punibles los funcionarios de la policía judicial adscritos a la unidad de antidroga que con el sólo fin de adquirir elementos de prueba en orden a los delitos previstos en la presente ley y en la ejecución de operaciones anticriminales dispuestas por el Servicio Central Antidroga, o de acuerdo con éste, por el jefe de la policía, por el comandante del grupo de carabineros o de la guardia de la Policía Tributaria, procedan a la adquisición de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

<sup>69</sup> Ley de 14 de enero de 1992 admite la posesión, compra, transporte y entrega de droga.

<sup>70</sup> Proyecto de Ley del 22 de diciembre de 1992.

<sup>71</sup> Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre de modificación del CP y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de TID, en su art. 5 introduce el art 263 bis de la Lecrim que permite expresamente la puesta en circulación de la droga. También la Ley Orgánica 19 de 1993 de 28 de diciembre de 1993 sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su art. 3.4 a) permite a los intermediarios financieros a los que se les presente una operación de la que se sospeche que puede ser blanqueo de dinero criminal, hacer la operación. Sobre este punto existen muchas discrepancias en orden a la desnaturalización que en el sistema de intermediación financiera podría suscitarse; esto es, el sistema bancario fungiría de policía. En este sentido el art. 263 Lecrim define la acción de los órganos de control especializados y el concepto de circulación de droga. También se regula el recurso de entrega vigilada, como técnica de investigación.

Una vez sentado el concepto bi-unívoco del agente provocador, tanto en orden a su naturaleza sustantiva -dogmático penal- como a su utilización en la lucha contra formas difusas de criminalidad (como modalidad o técnica en la investigación del delito), debemos entrar a conceptualizar la prueba provocada.

Ha sido la doctrina jurisprudencial anglosajona la que ha elaborado mejores esquemas de razonamiento con la finalidad de encontrar un valor determinado a las actividades del agente provocador: **The doctrine of entrapment**. Según esta doctrina lo que más interesa en el asunto del agente provocador es **descubrir la frontera en donde se ubica lo permitido y lo reprochable**, en tanto que un funcionario de la policía despierta en otra persona la idea de cometer un delito, cuya ejecución no se habría llevado sin la intervención de aquél. Como lo menciona STEMPEL<sup>72</sup> la jurisprudencia USA solamente permite la intervención de la policía suministrando una ocasión para delinquir, **cuando consta que el sujeto ya está de antemano decidido a cometer el hecho criminal**; en otros casos, excluye la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al provocado al haber actuado bajo presión de un funcionario de policía.

La Jurisprudencia tanto americana como europea, ha dado el nombre en sus decisiones, sobre este asunto, como **delito provocado** como los casos en los que el hecho criminal se ha suscitado a instancias de un miembro de la policía con el fin de desenmascarar a un delincuente, o toda una trama criminal. El Tribunal Supremo Español había tomado en cuenta, hasta hace poco, sólo la posible responsabilidad criminal del agente provocador; más no así otros extremos de discusión, como lo vamos a hacer aquí.

La discusión pues, está centrada en determinar hasta qué punto el agente provocador es responsable criminalmente del delito que ha provocado, pues en principio estamos ante un supuesto de instigación o ayuda (participación en ambos casos) en la comisión de un hecho punible; a la vez, determinar hasta qué punto debe ser incriminado el sujeto provocado como responsable penal de dicho hecho punible y cuál debe ser la actitud del Juzgador al momento de determinar ambas responsabilidades en base a una apreciación crítica de las pruebas aportadas al proceso y en base, también, al razonamiento exclusionario que operaría

en caso se determinase una vulneración directa o indirecta de una prohibición en la obtención, adquisición o práctica de la prueba. A nuestro parecer, las dos primeras cuestiones, si bien es cierto muy interesante desde una perspectiva de solución político-criminal, no corresponde analizarlas aquí; por lo que únicamente nos vamos a centrar en el último extremo.

### 3.2. Prueba provocada: ¿prueba prohibida?

En un esquema meramente teórico, y para no hacer demasiados rodeos, vamos a partir de la respuesta que postulamos sobre el tema: las pruebas provocadas obedecen a una obtención ilegal de medios probatorios (*illegally obtained evidence*), aunque tal consideración merece una calificación relativa o condicionada a ciertos aspectos o presupuestos de orden formal y material. Aquí, debemos responder, en tanto la actuación investigatoria del agente provocador y su finalidad represiva y de sanción respecto del sujeto provocado, a cómo se ha obtenido la prueba o cómo se ha producido con miras a su incorporación dentro del proceso penal para de ese modo crear convicción positiva del Jugador respecto de la responsabilidad penal del sujeto provocado. Esto es que, como hemos visto, si el agente provocador actúa, ya sea de *prima face* como un confidente, o como un agente encubierto o un V. Mann, su actividad provocadora, en tanto los fines que le mueve a incorporarse en la organización criminal son de orden punitivo en contra del sujeto provocado, siempre se servirá de una evidencia o prueba cuya obtención también será **provocada**. Es decir, estamos en un supuesto en que la prueba ha sido obtenida provocándola; esto es, de prueba provocada.

Hasta aquí el concepto de ella. Pero, ¿Cómo es que puede ser una prueba prohibida?. Si la prueba provocada, como hemos visto sirve, y es útil socialmente, para supuestos en que la criminalidad resulta demasiado organizada y por tanto difícil de descubrir. Los límites que la doctrina ha tratado de esbozar respecto de esta práctica investigatoria y de prueba, por ser una potencial fuente de vulneración de derechos fundamentales, han sido distintos.

De un lado, como hemos visto, la doctrina alemana ha intentado una reducción en la aceptación de la utilización de este tipo de pruebas por parte de la Corte Suprema Alemana. El argumento, sin embargo,

---

<sup>72</sup> Cfr. STEMPEL. Der Lockspitzel im amerikanischen recht, in, Jahrbuch der dissertation, Vol, 6. Bonn, 1958. Pag. 53.

no ha sido respecto en la posible ilegalidad en la obtención de la prueba sino más bien como un supuesto de presupuesto procesal de la acción penal respecto del acusado, en la que el Estado, si actúa como productor del delito y por ende de la prueba, estaría limitado en su actuación procesal de orden persecutorio. Esto significó como lo mencionáramos en párrafos anteriores, una aplicación doctrinal del principio *venire contra factum proprium* (El estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado al cometimiento del delito)<sup>73</sup>.

Desde otra perspectiva, trabajada por RUIZ ANTÓN, a propósito de la doctrina del «*entrainment*»; de tradición anglosajona, el límite para considerar a una prueba provocada (en tanto acción del agente provocador sobre el sujeto provocado), como un supuesto de prueba prohibida, estaría dado por la verificación objetiva de si el sujeto provocado estaba ineludiblemente decidido a cometer el delito, independientemente de la intervención del agente. En este caso, el rol del agente provocador estaría dado sólo a suministrar una ocasión para delinquir. Caso contrario, la sanción penal del sujeto provocado sería inviable por cuanto habría actuado bajo presión del agente, incluso, con total dominio sobre los medios comisivos del delito y el manejo del *iter criminis* por parte de dicho agente<sup>74</sup>.

Una tercera vía de solución, limitada ésta, a una interpretación dogmático penal del agente provocador afectaría con su concepto -«*aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias*»<sup>75</sup>-, la validez misma de la prueba que se obtenga mediante esta modalidad de investigación encubierta. De esta manera, si el agente encubierto no actúa con todas las consideraciones preceptuadas para que su conducta sea considerada lícita y no punible, es decir: 1) que la conducta provocadora tenga como fin inmediato que el autor

provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, 2) que el agente provocador no tenga la voluntad de consumación del delito, y ;3) tal ausencia de voluntad se debe manifestar externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado. Sólo en defecto de algunas de estas consideraciones, la prueba provocada sería prohibida. Una vez más, sujetamos tal calificación profiláctica a una condición. Esto es entendible pues una actuación investigatoria no puede a la vez, que servir como fundamento para la punición de un procesado, ser ilícita en tanto hace configurar un delito -bajo esquemas de participación criminal-; en orden a una interpretación coherente del sistema penal.

Una otra posibilidad, que es la que nosotros postulamos, a efectos de sustentar un esquema prohibitivo relativo o condicional de las pruebas provocadas en el proceso penal, vendría a hacer coincidir las dos últimas posturas a la vez que

estaríamos en la línea del criterio corrector esbozada por GONZÁLEZ CUELLAR, de la ponderación de intereses jurídicos; criterio que por su peligrosidad estaría debidamente complementado con estos otros que aquí esbozamos. Esto es, que si postulamos una función profiláctica y disciplinadora de las pruebas prohibidas en el proceso penal -más aún-, si en el termómetro de un Estado, respecto de su mayor o menor contenido democrático y respeto a los derechos fundamentales, la institución de las pruebas -como se ha visto con anterioridad- es la que lo califica como tal o carente de esos valores sociales, es decir, es un Estado policía. Entonces se puede decir que lo relativo o condicionante de las pruebas provocadas, acompañado por un razonamiento crítico de ponderación de intereses jurídicos, estará calificado por dos extremos en constante interconexión:

- 1) Presupuestos materiales: constituido por todos los elementos de orden comisivo del delito sobre los cuales, el sujeto provocado, tiene total dominio aún sin la intervención del agente provocador. Pero no sólo esto sino que contando con lo an-

<sup>73</sup> ROXÍN, Claus. Ob. Cit. Págs. 120-126.

<sup>74</sup> RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. Ob. Cit. Págs. 8 y ss.

<sup>75</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Ob. Cit. Págs. 38-43.

terior, el sujeto provocado debe haberse decidido a la comisión del delito aún sin la intervención del agente provocador. El papel de éste último, entonces, sólo debe aportar a la comisión del delito, medios permisivos en tal comisión. Jamás medios determinantes. Esto produciría la ilegalidad de la prueba.

Presupuestos formales: devenidos por el concepto mismo del agente provocador en tanto *«aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias»*. De esta manera, si la construcción de este concepto obliga al Juzgador a un análisis detallado respecto de la presencia de alguno o todos los elementos o presupuestos en cuestión como son: a) existencia del fin en la punición del delito provocado, de cargo del sujeto provocado, b) inexistencia de la voluntad en la consumación del delito, y; c) antelación de las medidas necesarias a fin de evitar los efectos de la acción provocada. De este modo si acaso no existiría uno o todos de estos elementos, la acción misma del agente provocador sería ilícita en orden a calificar el delito que ha procurado provocar, por lo que en aras de la integridad del sistema jurídico se debe deducir que una conducta que resulta prohibida, desde la perspectiva penal-sustantiva, mal puede justificar la imposición de una pena; debiéndose a tal efecto excluir los elementos de prueba por vulnerar, si acaso directamente, derechos fundamentales. Ello no perjudicaría ni imposibilitaría un juicio de proporcionalidad respecto de tal lesión, en tanto prueba prohibida de orden relativo o condicionada. Esta sin duda es nuestra opción

### CONCLUSIONES

1. El proceso penal como instrumento de realización de la pretensión punitiva del estado, busca, por un lado actualizar la validez de la norma penal violada y por otro, encontrar la verdad material. Así, dicho proceso penal supone un conflicto de intereses entre la libertad del individuo y la pretensión del estado en punir cierto tipo de conductas con la consiguiente restricción de derechos.
2. En la lógica anterior, una vez desencadenado el proceso penal (con la primera sospecha -razona-

ble- en la comisión del delito, así como en la autoría del mismo), el director de la misma (Fiscal o Juez Instructor) debe incorporar a dicho proceso una serie de elementos probatorios a fin de llegar a esa verdad material o histórica la cual le legitime en su intervención sancionadora.

3. En esta tarea de acumulación de medios de prueba, el director encargado de la investigación así como el decisor final deberán tener en cuenta que no todo lo que se produzca, dentro de la relación procesal, puede ser considerado como prueba, así como tampoco pueden ser utilizados a fin de crear en ellos el grado de convicción (certeza positiva, según CAFFERATA NORES) necesaria que los determine en un sentido condenatorio, en relación al procesado.
4. De acuerdo a lo anterior, se ha elaborado un esquema teórico respecto de las prohibiciones en la adquisición, obtención y práctica de la prueba, así como en su valoración o utilización. En este sentido se ha seguido un modelo de corte germano pero que no resulta incompatible con el Español en tanto que éste aporta un criterio corrector básico a dicho sistema de prohibiciones probatorias, cual es el de la proporcionalidad.
5. Respecto de las prohibiciones de prueba, existen algunos supuestos cuya incorporación al proceso suponen una vulneración directa e indirecta de los derechos fundamentales. A éstos supuestos la LOPJ le ha calificado de modo tal que los efectos que de ellas se deberían producir son imposibles. En este sentido es necesario diferenciar a las pruebas ilegales y las irregulares, las mismas que siendo inválidas el que produzcan efectos o no, dependerá del grado de vulneración y la importancia del derecho involucrado en tal evento. Importando en todo caso, la utilización de un criterio corrector de ponderación de intereses jurídicos el mismo que deberá ser complementado con lo que nosotros hemos denominado los presupuestos formales y materiales para la validación condicional de la prueba provocada.
5. Dentro de los supuestos de prohibición de practicar la prueba, existe uno referido a la prohibición condicional de la misma; el mismo que se estructura a efectos de una necesaria convalidación de la prueba obtenida por quienes, en principio, no tienen facultades

- de orden jurisdiccional (Juez) ni requirente (Ministerio Público): la Policía. Las pruebas provocadas, se ubicarían (aunque con algunos matices) aquí.
6. Las pruebas provocadas están íntimamente ligadas a la labor de provocación del delito por parte del agente provocador y más precisamente cuando hablamos de tal en cuanto modalidad de investigación encubierta. En este sentido se habla de «delitos provocados», discutiéndose siempre si éste es, a la vez que provocador de la prueba incriminatoria, es responsable criminal de dicho delito. Nuestro análisis, se centra principalmente en la convalidación o no de esta forma de obtención probatoria a efectos de materializar una pena o de desenmascarar a un delincuente, en violación de algunos de sus derechos constitucionales.
  7. Al igual que la doctrina norteamericana y anglosajona del «*entrapment*», la prueba provocada sólo podrá ser valorable a efectos de crear convicción en el Juzgador, si el funcionario policía demuestra que el sujeto provocado, ineludiblemente estaba decidido a cometer el delito. A la vez debe concurrir en tal obtención de la prueba la calificación de licitud respecto de la conducta del agente provocador, esto es que a) debe haber voluntad en la punición del sujeto provocado, b) no debe existir dolo de consumación sino sólo de tentativa, y; c) se debe preveer que los efectos de la acción provocada serán nulas.
  8. De esta manera, presente siempre el criterio corrector de la ponderación de intereses jurídicos, se debe evaluar la validez condicional de la prueba provocada de acuerdo a la presencia o no de todos los presupuestos formales y materiales concurrentes en dicha validez: 1) Presupuestos materiales: a) que el sujeto provocado se haya decidido ineludiblemente, aún sin la participación del agente provocador, a la comisión del delito, b) que dicho agente provocador sólo haya aportado un elemento propiciador en la comisión del delito (medios permisivos), no la misma decisión (medios determinantes). 2) Presupuestos formales: a) debe existir, en el agente, la finalidad de que el autor provocado sea castigado a causa del hecho que se provoca, b) no debe existir dolo en la consumación del delito sino sólo en la tentativa, y; c) el agente debe mediar lo necesario para que no se efectivizen las consecuencias del hecho delictivo provocado. <sup>1023</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María  
Prueba Prohibida y prueba preconstituída. Madrid: Trivium, 1989. 198 Págs.
- ASENCIO MELLADO, José María  
Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Estudios Trivium Procesal. 1991. 136 Págs.
- BAUMANN, Jürgen  
Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de los casos. BBAA: Depalma. 1986, 299 Págs.
- CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES  
La prueba en el proceso penal. Madrid: Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones, 1993. 160 Págs.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín  
La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación) Barcelona: Bosch, 1978, 226 Págs.
- CREUS, Carlos  
Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia. Causales, efectos. Subsanción. Casuística. Supuestos legales y jurisprudencia. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, 213 Págs.
- DE LA LEONA ESPINOSA, José María Martín  
Nulidad de actuaciones. Principios informadores y clasificación. Separata especial.
- DÍAZ CABIALLE, José Antonio  
La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992. 279 Págs.
- GIMENO SENDRA, Vicente y OTROS.  
Derecho Procesal, 31 edición. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- GIMENO SENDRA, Vicente/ MORENO CATENA, Víctor/ CORTES DOMINGUEZ  
Derecho Procesal. Proceso Penal. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1993. 799 Págs.

- GIMENO SENDRA, Vicente.  
Constitución y proceso. Madrid: Tecnos, 1993. 241 Págs.
- GÓMEZ COLOMER, Juan- Luis  
El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985, 628 Págs.
- GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando  
El proceso penal. Oviedo: Fernando Gómez de Liazo, 1987. 353 Págs.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás  
Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990. 352 Págs.
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel  
La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ. Oviedo: Editorial Fórum, 1995. 403 Págs.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan  
Valoración de la prueba en el proceso penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1995. 229 Págs.
- LÓPEZ FRAGOSO-ÁLVAREZ, Tomás  
Las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Madrid: Colex, 1991. 170 Págs.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo  
Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal, 1989. 268 Págs.
- MAIER, Julio B. J.  
La investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público. Buenos Aires, 1975. 173 Págs.  
Derecho Procesal Penal Argentino. 1b, fundamentos. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. 629 Págs.
- MUÑOZ SARMIENTO, Juan  
El agente provocador en el derecho penal. La moderna problemática jurídico-penal del agente provocador. Valencia: Tirant lo blanch, 1995. 190 Págs.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo & GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNANDEZ HEREDIA, Eduardo  
Derecho Procesal Penal. Madrid: Tecnos, 1987. 483 Págs.
- RAMOS MINDEZ, Francisco  
El proceso penal. Lectura constitucional. Tercera edición. Barcelona: Bosch. 1993. 486 Págs.
- ROXÍN, Claus  
Strafverfahrensrecht. München: Verlag C.H. Beck, 1985.
- RUIZ ANTON, Luis Felipe  
El agente provocador en el Derecho Penal. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1982. 352 Págs.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo  
La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Navarra: Aranzadi, 1995. 272 Págs.
- SAN MARTÍN CASTRO, César E.  
Algunos aspectos de la prueba en el nuevo proceso penal: una interpretación acusatoria. En: Revista del Foro. Lima: CAL, 1993. Págs. 13-23.
- VARGAS TORRES, Jaimes  
Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid: La ley, 1993. 414 Págs.
- VIVES ANTÓN, Tomás  
La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal II. Valencia: Tirant lo blanch (reformas), 1992. 359 Págs.
- ZAMORA-PIERCE, Jesús  
Garantías y proceso penal. Quinta edición. México: Editorial Porda, 1991. 575 Págs.