

Doctrina



De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 23. —Enero 2009

RESUMEN: El artículo trata de los límites jurídicos a la valoración de las pruebas en el proceso penal. Se analizan y comentan diversas decisiones judiciales, en las que no se respeta el derecho del acusado a no autoincriminarse, y la posibilidad de que se admitan pruebas obtenidas mediante escuchas domiciliarias. En el artículo también se denuncian los casos de tortura y malos tratos a que son sometidos los presos en Guantánamo y algunas teorías jurídicas que justifican o asumen la impunidad de estas prácticas. Derecho procesal penal del enemigo.

PALABRAS CLAVE: Prohibiciones probatorias, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la intimidad domiciliaria. Presos en Guantánamo. Comisiones militares, tortura, impunidad.

ABSTRACT: This article is about legal limits on Evidence Law. First it comments decisions about the rights of the detainees to a due process and to remain in silence and not to make self-incriminating statements. The article takes as well a critical look at the possibility to use as evidence audiovisual technical systems to tape conversations inside the home belonging to the privacy and torture as a form of policy and at certain legal theories that justify political and military officials implicated in torture and abuse of those prisoners.

KEY WORDS: Evidence Law, Miranda Rules, Right to remain in silence and to not make self-incriminating statements, privacy, Guantanamo Detainees, Military Commissions, Torture, Impunity. Penal Trial against enemies.

I. Introducción

En el moderno proceso penal, entendiendo por tal el característico del Estado de Derecho, es decir, el que consagra la presunción de inocencia del imputado y la garantía de sus derechos fundamentales frente al poder punitivo del Estado, el tema más característico y, al mis-

mo tiempo, más complejo y difícil de precisar, por lo menos en relación con algunos casos controvertidos, es sin duda el de las llamadas «prohibiciones probatorias», traducción del término alemán «Beweisverbote» que acuñó a principios del siglo XX el penalista alemán Ernst Beling¹. Es más son precisamente las «prohibiciones probatorias» las que realmente constituyen el núcleo

1. Cfr. Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, 1903 (reimpresión de 1968). Aunque con otra terminología el tema es igualmente importante o incluso aún más importante en el proceso penal característico de los países regidos por el sistema del Common Law. Es más, se puede decir que el gran avance en esta materia procede del mundo anglosajón y sobre todo norteamericano, que con las llamadas «exclusionary rules», las «Miranda rules», la prohibición de «utilización de los frutos del árbol prohibido» y su teoría del «due process» y de la «fairness» ha influenciado enormemente la teoría y la praxis del proceso penal en los países regidos por el sistema procesal continental europeo; una buena recopilación de las principales sentencias en es-

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no sólo en cuanto implica de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito.

Dentro de estas prohibiciones quizás la más importante de todas y la que supuso un avance fundamental frente al anterior proceso penal de carácter inquisitivo es la deriva-

da del principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*», conforme al cual «nadie está obligado a declarar contra sí mismo» o aportar pruebas que lo incriminen. De este principio se deducen derechos tan fundamentales en el moderno proceso penal como el derecho del acusado a la defensa, a guardar silencio, a no estar obligado a declarar o incluso a declarar falsamente, a la asistencia desde el primer momento de su detención de un abogado que le asesore, y, en definitiva, a que no se le obligue de un modo directo, mediante coacción, o indirecto, mediante engaño, a declararse culpable o suministrar datos que puedan facilitar la investigación de un delito en el que presuntamente puede haber participado².

ta materia de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede ver en el libro «Criminal Justice Decisions of the United States Supreme Court», editado por Maureen Harrison y Steve Gilbert, Carlsbad, California (para una clara y breve exposición en idioma español sobre el derecho a no declarar o a no declararse culpable en el proceso penal americano, véase Edmund S. Hendler, Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Buenos Aires, 1996, p. 175 ss. ; también Chiesa, Derecho procesal penal de Puerto Rico y de Estados Unidos, vol. 1, Bogotá 1991, p. 119 s.) En la doctrina alemana, el tema de las «Beweisverbote» ha sido ampliamente estudiado desde el trabajo pionero de Beling en 1903, tanto a nivel general, como monográfico; véase, por ejemplo, Gössel, Die Beweisverbote im Strafprozess, en Festschrift für Bockelmann, 1979, p. 801 ss. ; el mismo, Strafverfahrensrecht II, 1979, p. 95 ss. También Roxin se ha ocupado varias veces del tema en comentarios jurisprudenciales sólo (véase, por ejemplo, Zum Beweisverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts, en Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2007, Heft 11, 616 ss.) y junto con otros autores (véase, por ejemplo, Roxin/Schäfer/Widmaier, Die Mühlenteichtheorie, Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverböten, en Strafverteidiger 11/2006, 655 ss). Para una visión de conjunto del estado jurisprudencial y doctrinal alemán más reciente sobre el tema, véase Roxin, Strafprozessrecht, 25.^a ed., 2005, parágrafo 24. En lengua española pero referido al Derecho procesal penal alemán, Juan Luis Gómez Colomer, El Proceso Penal alemán, Introducción y Normas básicas, Barcelona 1985, p. 133 ss, quien ya entonces se quejaba de la poca atención que el tema había suscitado en la doctrina procesalista española (lug. u. cit. nota 24). Sobre la prueba en el Derecho procesal penal español, véase el libro colectivo: La prueba en el proceso penal, en Cuadernos de Derecho judicial, editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1992; y más recientemente sobre la vinculación entre prueba y «búsqueda de la verdad», Vicente Guzmán Fluja, Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal, Valencia 2006, p. 74 ss. En la doctrina portuguesa, véase Costa Andrade, Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra 1992; y más recientemente Lamas Leite, As escutas telefónicas —algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação—, en Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano I, 2004. p. 10 ss.

2. La fórmula más conocida de reconocimiento de este derecho, popularizada a través de las películas y telefilms americanos, es la llamada «advertencia Miranda» («The Miranda warning»), que estableció la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso «Miranda v. Arizona», de 13 de junio de 1966, del siguiente modo: «*You are under arrest. You have the right to remain silent. Any statement you do make may be used as evidence against you. You have the right to consult with an attorney and to have one present during police questioning, if you cannot afford an attorney one will provided for you. Do you understand your rights?*» (el texto de esta sentencia se puede ver en «Criminal Justice Decisions» citado en nota 1, p. 81 ss.). Declaraciones más o menos similares se encuentran o se encontraban ya desde antes en las leyes procesales de Europa continental, así por ejemplo dice el parágrafo 136 de la Ordenanza procesal penal alemana:

«Primer interrogatorio. (1) Desde el comienzo del primer interrogatorio debe informarse al inculpado del hecho que se le imputa y de los preceptos penales aplicables. Debe indicarse que conforme a la ley es libre de expresarse sobre la imputación o de no declarar sobre el asunto, y en todo caso que antes de su interrogatorio puede solicitar un abogado de su elección. También debe informarse de que puede presentar pruebas concretas en su favor. Y en los casos que sea procedente se le informará también de que puede declarar por escrito. (2) El interrogatorio debe darle al inculpado la oportunidad de despejar los motivos de sospecha que recaen contra él y hacer valer las circunstancias que le son favorables. (3) Ya en su primer interrogatorio deben tenerse en cuenta para la investigación sus circunstancias personales.»

En la Ley de Enjuiciamiento criminal española se establecen estos derechos en el art. 520, 2 a) y b):

«Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez. b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.»

Pero también en otras partes de su articulado se encuentran declaraciones y plasmaciones de estos derechos (para una exposición de conjunto de los mismos, véase Teresa Armenta Deu, Lecciones de Derecho procesal penal, Madrid-Barcelona 2003, p. 48 a 55).

Más genéricamente dice el art. 24.2 de la Constitución española:

«Asimismo, todos tienen derecho al Juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un procedimiento público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.»

D o c t r i n a

Justamente la prohibición de la tortura tiene su fundamento, además de en el principio de humanidad y en la protección del derecho a vida y a la integridad física y moral, en el principio *nemo tenetur*, ya que generalmente el empleo de la misma tiene como finalidad obtener la confesión del acusado y con ello su condena. De ahí que la prueba de confesión sea mirada con recelo en la moderna doctrina procesal y que incluso en muchos países, como

Japón³ esté prohibida constitucionalmente como medio probatorio único en el que basar una condena, y en otros muchos la praxis jurisprudencial se ha encargado de dotarla de todo tipo de garantías, negando normalmente el carácter de prueba a la confesión prestada ante la policía, pero no ratificada luego ante el Juez⁴, o requiriendo además que sea corroborada por otras pruebas que confirmen lo que el acusado haya voluntariamente declarado⁵.

Este precepto no está en contradicción con el art. 694 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que prevé la posibilidad de que el acusado se declare culpable y que en consecuencia si no desea la continuación del juicio el Juez pueda proceder directamente a dictar sentencia, aunque como se advierte en la nota siguiente ello pueda dar lugar a prácticas viciadas o dudosamente compatibles con el art. 24, 2 de la Constitución, como puede suceder con la institución de la «conformidad» (sobre las diferencias entre ésta y la confesión, véase El Proceso Penal, doctrina, jurisprudencia y formularios, vol. III: fase intermedia y juicio oral, Víctor Moreno Cateña (director) y otros, edición a cargo de Ignacio Flores Prada, Valencia 2000, p. 2151-2153).

3. Así, por ejemplo el art. 38 de la Constitución de Japón, después de establecer que ninguna persona puede ser obligada a testificar en su contra, no sólo dice expresamente en su apartado 2 que:

«No se admitirá como prueba la confesión conseguida mediante coacción, tortura o amenaza, o después de un arresto o detención prolongada», sino que en su apartado 3 declara con toda contundencia que «ninguna persona será condenada o castigada en casos en los que la única prueba sea la confesión» (texto traducido de la versión inglesa que se contiene en una edición bilingüe, The Japanese Constitution, Tokyo, 2005). No deja de ser, por tanto, interesante resaltar que la mayoría de los procesos penales, por lo menos en los incoados por delitos menos graves, en los que ni siquiera se llega al juicio oral si el acusado confiesa el hecho y muestra su conformidad con la pena que solicita el fiscal, de algún modo se está fomentando la confesión del acusado como medio de prueba suficiente para que el Juez pronuncie su decisión (condenatoria) sin ulteriores exigencias probatorias. La institución norteamericana del «plea bargaining», en la que el Fiscal llega a un acuerdo con el abogado defensor del acusado respecto a la pena que va a solicitar al Juez sin celebración de juicio oral, ha influenciado también, en este caso de un modo negativo, la legislación y la praxis continental europea, dando lugar a lo que los alemanes llaman «Absprache» y los españoles «conformidad». A mi juicio, no cabe duda de que ello en muchos casos puede suponer también una lesión del principio «nemo tenetur». Sobre los peligros que amenazan la vigencia de este principio en el moderno proceso penal este tipo de instituciones y prácticas procesales cotidianas, véase el trabajo de Stefan Kirsch, ¿Derecho a no autoinculparse?, en La insostenible situación del derecho penal, Granada 2000, p. 247 ss., esp. p. 260: «Si hubiera que destacar un elemento común fundamental que caracteriza este tipo de acuerdos, éste habría de ser el siguiente: en todos ellos la renuncia al derecho a autoinculparse es elevada a la categoría de condición sine qua non del acuerdo mismo» (Este libro es la versión española del libro colectivo publicado originariamente en alemán por varios autores pertenecientes al Instituto de Ciencia criminales de Frankfurt, cuyos principales responsables (Naucke, Lüderssen y Hassemer) se caracterizan por su talante crítico frente a las desviaciones y debilitamientos de sus principios básicos que está sufriendo el Derecho penal y el Derecho procesal penal del Estado de Derecho con la expansión que está teniendo el moderno Derecho penal).

4. Una excepción importante a este principio supone, a mi juicio, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 diciembre del 2006, en la que, como veremos más adelante (infra III), en un caso en el que el acusado de un atentado terrorista había confesado su participación en el atentado ante la policía, pero después la negó en su declaración ante el Juez instructor y en el juicio oral ante la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo (si bien por mayoría de los Magistrados que integraban la Sala sentenciadora) consideró que la confesión ante la policía y en presencia de un abogado de oficio podía ser admitida a través de la prueba testifical de los propios policías y del abogado que la escucharon.

5. Sobre las dificultades para admitir la confesión como medio de prueba en el proceso penal, véase lo dicho anteriormente en nota 3. Un interesante caso plantea la admisión y valoración como prueba de la declaración de un coimputado (que puede ser al mismo tiempo la confesión de su participación en el delito) contra otro coimputado. En mi monografía La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 3.ª ed., Buenos Aires, 2007, me ocupo de este tema y de la evolución de la jurisprudencia española que ha ido desde su admisión plena sin más reservas que las que puedan plantear la credibilidad y falta de motivos espurios en el coimputado que declara en contra del otro coimputado, hasta su admisión sólo en caso de corroboración por otras pruebas (cfr. STS de 12 mayo 1986 y 29 julio 1998). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido mucho más cauto a la hora de admitir la declaración del coimputado como prueba (cfr., por ejemplo, STC 137/88; 153/97 y 115/98; 2001/68 b), e incluso en una decisión más reciente (STC 207/2002) le niega el carácter de prueba como tal (cfr. mi monografía La búsqueda de la verdad ant. cit., p. 74 a 88). Para una visión de conjunto sobre el estado doctrinal del tema, véase el libro de Paula Díaz Pita, El coimputado, prólogo de Muñoz Conde, Valencia 2000, quien se adhiere a la posición tradicional del Tribunal Supremo (requiriendo la corroboración con otras pruebas). También Francisco Ortego Pérez, El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados, en Diario La Ley, 2001, p. 2115 ss. Una exposición de la jurisprudencia española sobre el tema con interesantes consideraciones al respecto ofrece Ignacio Flores Prada, El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados, Madrid 1998. Personalmente he defendido la tesis de que la declaración de un coimputado contra otro no puede considerarse en sí misma como prueba, basándome para ello en que el imputado tiene el derecho constitucional a no declarar e incluso a mentir para no inculparse, por lo que la admisión de su declaración como prueba

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

Desde este punto de vista la prohibición de la tortura ha adquirido tal rango e importancia que se ha convertido en un principio internacionalmente reconocido desde que la Convención internacional sobre la misma haya sido ratificada por la mayoría de los países de la Comunidad internacional, y no sólo se puede alegar para solicitar la extradición de alguien acusado de un delito de tortura (como fue el caso de la solicitud de extradición formulada por un Juez español del dictador chileno General Pinochet, cuando éste se encontraba en Inglaterra a finales de los años 90 del pasado siglo), sino también y sobre todo para negar el carácter de prueba y, por tanto prohibir su valoración como tal, a la información obtenida empleando tortura física o intimidatoria contra el sospechoso o acusado.

Especialmente relevante desde este punto de vista es el caso juzgado por el Tribunal del Land de Hessen (Alemania Federal), en el que se presentó como prueba la confesión obtenida mediante amenazas de tortura por la policía que obtuvo así del sospechoso del secuestro de un menor información sobre el paradero de ese menor, que, sin embargo, ya había sido previamente asesinado por el secuestrador. Para salvar la validez de esta prueba, el Ministerio Fiscal alegó que lo que la policía pretendía al amenazar al sospecho con torturarlo era salvar la vida del menor, aunque desgraciadamente ello finalmente no fuera posible. Pero el Tribunal alemán que enjuició el caso, y con él la gran mayoría de la doctrina alemana⁶, consideró que, incluso aunque la policía hubiera llegado a tiempo de salvar el menor, la prueba así obtenida no podía ser admitida y valorada como tal, y posteriormente condenó al Jefe de la policía que había autorizado el empleo de la intimidación para obtener la confesión del sospechoso, por un delito de malos tratos al detenido. Es verdad que la opinión

pública alemana no estaba muy de acuerdo con esta decisión judicial, y no cabe duda de que si la policía hubiera podido salvar de esta manera la vida del menor es muy probable que el hecho se hubiera considerado como un gran «éxito policial» y el Jefe de la policía hubiera sido felicitado públicamente. Pero el «sano sentimiento del pueblo», que demagógicamente invocaban los juristas nazis para justificar la admisión de la analogía incriminatoria como fuente del Derecho penal, es siempre uno de los peligros que acechan al moderno proceso penal, cuando la opinión publicada ante delitos que la conmueven especialmente (como el secuestro de menores), pide ante todo resultados, aunque para ello la policía y los encargados de la persecución penal tengan que saltarse determinados principios y garantías que son consustanciales al Estado de Derecho. Pero incluso desde el punto de vista de los resultados, ¿qué pasa cuando a pesar del empleo de medios probatorios prohibidos no se consigue ningún resultado positivo para la investigación, o ésta lleva a incriminar o incluso condenar a un inocente que nada tuvo que ver con la comisión del delito? ¿Hubiera cambiado mucho la situación si, por ejemplo, la policía portuguesa hubiera empleado algún medio intimidatorio con los sospechosos del secuestro de la niña inglesa Madelaine en la primavera del 2007 en una zona residencial del Sur de Portugal?⁷

Pero independientemente de estos casos extremos, en los que incluso la memoria histórica de las recientes dictaduras y regímenes autoritarios hace que incluso la opinión pública de los países que más sufrieron este tipo de regímenes se sienta horrorizada cuando llega a conocer algún caso de tortura policial⁸, la prohibición del *nemo tenetur* tiene un alcance más amplio que el de la prohibición de la tortura y de valoración de las pruebas obtenidas a

contra otro coimputado sería por tanto una forma indirecta de obligarle a declarar, lo que normalmente sucede bajo la promesa de concedérsele algún beneficio o rebaja de la pena o incluso directamente la plena impunidad (cfr. al respecto Muñoz Conde, La búsqueda de la verdad ant. cit., p. 77 a 79). La doctrina italiana en general no ha tenido problemas en admitir la figura que ellos llaman «chiamata di correo», frecuentemente utilizada en los procesos contra miembros de la Mafia, lo que, sin embargo, no sirvió para condenar al que fue durante muchos años Presidente del Gobierno italiano, Giulio Andreotti, quien finalmente fue absuelto de la acusación de haber tenido relaciones con un jefe de la Mafia, a quien según la declaración de un arrepentido habría incluso besado (señal de su vinculación con el mafioso). Sobre el valor probatorio de esta cuestionable «prueba», véase Fassone, La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada, en Poder Judicial, N° 48, p. 417 ss.; Pansini, La chiamata di correita, en El mismo, La rassegnazione inquisitoria, 2002, p. 45 ss.

6. Por todos véase Claus Roxin, ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, en Cuadernos de Política criminal, 2004. p. 23 ss.

7. Véase, por ejemplo, el libro del Comisario de la policía portuguesa, Gonzalo Amaral, Maddie, A verdade da mentira, 2008, que dirigió la investigación del caso Madelaine y que sigue insistiendo en que los principales sospechosos son los padres de la niña, quienes, en su opinión, causaron la muerte de la niña de forma imprudente y luego ocultaron el cadáver y simularon su secuestro para evadir su responsabilidad. El caso finalmente ha sido sobreesido un año después sin que se hayan podido encontrar pruebas de que ello fuera así; además el citado Comisario fue apartado de la investigación.

8. Casos de este tipo han sucedido en España sobre todo en relación con la detención de sospechosos de ser miembros del grupo terrorista independentista vasco ETA. El más aterrador fue el llamado «caso Lasa y Zabala», en el que dos supuestos militantes de ETA fueron detenidos y brutalmente torturados en un cuartel de la Guardia Civil de Inchaurren (San Sebastián) y luego cuando murieron, probablemente a consecuencia de las torturas, fueron enterrados en otro lugar bajo una capa de cal viva. Obviamente, ello no justifica los brutales atentados cometidos por el grupo terrorista en cuestión, pero no cabe duda que los juicios, no muchos ciertamente, realizados por este tipo de hechos han motivado sentencias condenatorias de los tribunales españoles e incluso de tribunales internacionales y denuncias de entidades como Amnesty International. Una información detallada sobre la práctica de la tortura como forma de investigación o incluso de castigo en España y otros países ofrece el libro de Xavier Makazaga, Torturadores&Cia, 2008. Véase también infra epígrafe VI.2 de este trabajo.

través de ella. Un caso paradigmático de la amplitud que puede tener el principio *nemo tenetur*, lo ofrece el párrafo 136 a) de la Ordenanza procesal penal alemana (Straprozessordnung=StPO), que dice lo siguiente:

Métodos de interrogatorio prohibidos

(1) *La libertad en la formación y manifestación de la voluntad del inculcado no puede ser perturbada por maltrato, agotamiento, agresión corporal, suministro de medios, tortura, engaño o hipnosis. La coacción sólo puede ser empleada en la medida en que el derecho procesal penal la permita. También se prohíben la amenaza de empleo de estos medios prohibidos y la promesa de alguna ventaja no prevista legalmente.*

(2) *Tampoco está permitido el empleo de medidas que perturben la capacidad de recuerdo o de conocimiento del inculcado.*

(3) *Las prohibiciones contenidas en los apartados 1 y 2 rigen incluso en caso de consentimiento del inculcado, y tampoco pueden ser valoradas como pruebas las declaraciones obtenidas con infracción de estas prohibiciones, aunque el inculcado consienta en ello.*

La amplitud de este precepto ha motivado que la jurisprudencia y doctrina alemanas hayan polemizado durante años acerca de su alcance y que incluso a su amparo se hayan dado resoluciones y opiniones doctrinales contradictorias e incluso opuestas en relación con un mismo caso. Uno de ellos, por sólo citar uno de los más polémicos es el de la valoración de las declaraciones autoinculpatorias del inculcado obtenidas mediante engaño, cuando el inculcado, como es su derecho constitucional, se obstina

en guardar silencio. Otro, vinculado con el anterior, es el de la licitud de las pruebas obtenidas mediante violación de la intimidad domiciliaria o incluso la intimidad en general a través de las grabaciones de conversaciones y actos de la vida privada, en las que el inculcado bien en su propio domicilio, bien en conversaciones privadas con personas de su entorno, pueda haber hecho alguna declaración que lo incrimine. Pero estos casos, en los que mediante tretas y empleo de medios técnicos se puede evadir fraudulentamente la prohibición constitucional de que nadie está obligado a declarar y mucho menos a aportar pruebas en su contra, no son más que la punta del «iceberg», por donde cada vez más frecuentemente se va generalizando una praxis policial e incluso judicial que con medios más sutiles que la tortura, pero igualmente eficaces, infringe claramente este derecho constitucional. Como seguidamente vamos a ver, se pronuncian hoy en día cada vez más decisiones jurisprudenciales que de un modo u otro evadan las dificultades probatorias que se derivan del *nemo tenetur* y se elaboran teorías que cuestionan o debilitan en parte las estrictas prohibiciones probatorias, incluso las derivadas de la práctica de la tortura, en determinados casos y supuestos (principalmente terrorismo y delincuencia organizada), que se alegan para justificar la creación de lo que el profesor alemán Günther Jakobs ha llamado con expresión que ha hecho fortuna «Derecho penal del enemigo» y que aquí con más propiedad podríamos llamar «Derecho procesal penal del enemigo»⁹.

9. Recientemente Guillermo Portilla Contreras en un interesante libro (El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista, Valencia 2008, p. 208-266) ha puesto de relieve que el «Derecho penal del enemigo» que describe (y legitima) Jakobs, puede dar lugar también a un Derecho procesal penal del «enemigo». No es casualidad que sean discípulos de Jakobs, como Pawlik, Müssig o Lesch, los que defienden en Alemania la superación o debilitamiento en algunos casos de los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal (véase, por ejemplo, Pawlik, Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten, en Goldammer's Archiv 1998; Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, en Goldammer's Archiv, 1999; Lesch, Hörfalle und kein Ende, en Goldammer's Archiv 2000). Por supuesto, también Jakobs consideró desde el primer momento que una de las características del «Derecho penal del enemigo» es la limitación y reducción de las garantías y derechos fundamentales del imputado en el proceso penal (véase, por ejemplo, su artículo La ciencia penal ante los retos del futuro, traducción de Teresa Manso en Eser/Hassemer/Burkhardt, La ciencia del Derecho penal ante el cambio de milenio, coordinador de la edición española: Francisco Muñoz Conde, Valencia 2004, p. 53 ss. esp. 59 ss.) y ha seguido insistiendo en ello en sus siguientes trabajos sobre el tema (véase, por ejemplo, Jakobs, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en Jakobs/Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003).

Sobre el peligro que presenta esta teoría para la vigencia de estos derechos fundamentales ya me he pronunciado en varios trabajos anteriores (véase, por ejemplo, mi libro De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, 2.ª ed., Buenos Aires, 2007. En esta edición también se incluyen otros trabajos sobre el mismo tema publicados anteriormente en otros lugares, que no se recogían en la primera. La primera edición ha sido traducida al alemán por Mortiz Vormbaum y publicada en la editorial LIT, Berlín 2007, con el título «Über das Feindstrafrecht»). Que afortunadamente ésta no es una opinión aislada mía, que motivó por cierto una reacción airada de Jakobs que me escribió una carta personal en la que criticaba lo que el llamaba «la absurdidad» de la interpretación que yo hacía de su tesis, lo demuestra la cantidad ingente de autores que se han pronunciado en contra de la misma en estos últimos años, muchos de cuyos trabajos están recogidos en el libro colectivo, por cierto, editado por dos españoles discípulos directos de Jakobs, Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión, Madrid 2006. Y que esa crítica no se ha quedado en el plano estrictamente jurídico, sino que se ha hecho también desde los medios de comunicación, lo demuestra el libro del periodista alemán especializado en asuntos jurídicos Heribert Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber, Wie man mit angst Politik macht, 2008, que centra sus críticas en la excesiva importancia que se le da en esta teoría al tema de la seguridad para justificar graves limitaciones en la seguridad y derechos fundamentales del individuo.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

II. La autoinculpación conseguida mediante engaño. La tesis de Roxin

Como ya se ha dicho, la amplitud con la que está redactado el parágrafo 136 a) de la Ordenanza procesal penal alemana ha desencadenado bastante polémica doctrinal y resoluciones jurisprudenciales contradictorias en aquel país respecto a la extensión del *nemo tenetur* y de otras prohibiciones probatorias en el proceso penal alemán. Uno de los supuestos más discutidos en los últimos años ha sido el de la autoinculpación conseguida mediante engaño.

A un caso de este tipo se refiere Roxin en varios artículos y comentarios jurisprudenciales sobre el tema¹⁰. Uno de ellos es el siguiente:

Antes los infructuosos intentos por conseguir que el sospechoso declare, la policía hace que un amigo íntimo llame por teléfono al inculpadado mientras éste se encuentra en la Comisaría, y a través de la conversación consigue que confiese su participación en el delito; mientras tanto la Policía escucha por un segundo auricular y utiliza después esta conversación como prueba contra el acusado.

El Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof: BGH*), en una resolución de su Sala 5.^a, negó relevancia probatoria a esta conversación, basándose para ello en que «en estos casos se elude la instrucción sobre el derecho a permanecer callado del imputado». En cambio, la Sala 2.^a del mismo Tribunal considera que «la libertad del imputado de manifestarse sobre la imputación o de permanecer callado... no ha sido afectada. El que se expresa frente a una persona particular sobre el hecho imputado no puede dudar de la libre voluntad de esa conducta».

Roxin, comentando estas sentencias, se adhiere a la primera de ellas, manifestado que «el principio *nemo tenetur*, tal como se expresa en el parágrafo 136 a) de la Ordenanza procesal penal alemana, no sólo prohíbe la coacción para declarar, sino que también pretende proteger al imputado de una autoincriminación inducida por el Estado por medio del error»¹¹.

Sin embargo, el Pleno del Tribunal Supremo alemán, cumpliendo con la misión que tiene constitucionalmente, de unificar los diferentes criterios entre las Salas que lo integran, mantuvo que la prohibición que establece el parágrafo 136 a) de la Ordenanza procesal penal alemana de

que se utilice el engaño para conseguir una autoinculpación sólo es aplicable cuando sean los propios funcionarios encargados de la persecución del delito los que empleen directamente el engaño, pero no «cuando una persona particular, aunque sea siguiendo las instrucciones de la policía, entabla una conversación con el sospechoso y trata así de conseguir de éste manifestaciones que lo incriminen». Aún así, y dado que éste argumento parece poco convincente, recurre a otro criterio para admitir la validez como prueba de la autoinculpación así conseguida y recurre al principio de proporcionalidad; es decir, admite que excepcionalmente se pueda recurrir a este procedimiento, que el mismo tribunal reconoce que es dudosamente compatible con el principio *nemo tenetur* y con el de lealtad procesal, cuando se trate de hechos punibles de «importante significado» y siempre que el empleo de otros métodos fuera más complicado y menos eficiente para conseguir pruebas. Es más, el mismo tribunal señala que fuera de este caso, la obtención de una autoinculpación mediante engaño, introduciendo, por ejemplo, a un policía camuflado de delincuente en la misma celda del imputado para que charle con él y le sonaqué su autoinculpación, mientras lo está grabando, o entablando con él una relación amorosa con la misma finalidad, tras haber manifestado el inculpadado su voluntad a no declarar o permanecer en silencio, no puede ser admitida y valorada como prueba¹².

«Con ello —dice Roxin— la admisibilidad de los interrogatorios por ardid se ha limitado mucho, aun cuando en el caso concreto se haya negado una lesión de ley y se haya afirmado la posibilidad de valorar los conocimientos obtenidos de esta manera»¹³. Pero, aun así, sigue insistiendo en que si la prohibición de valorar una declaración rige cuando el funcionario público omite, por ejemplo, instruir al inculpadado sobre su derecho a no declarar, igual debe regir cuando el funcionario consigue esa declaración ocultando su identidad oficial, aparentando ser otro delincuente y consiguiendo así su autoinculpación, y termina su argumentación citando un Proyecto alternativo de reforma la instrucción del que es coautor, que expresamente prohíbe los interrogatorios mediante «coacción, engaño o ardid»¹⁴.

Siguiendo esta línea interpretativa se ocupa también Roxin de otros casos similares, fallados de forma contradictoria por los Tribunales alemanes, como el que se re-

10. Véase Roxin, *Nemo tenetur: Die Rechtsprechung am Scheideweg*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, p. 465 ss. (a él se refiere también en sus artículos traducidos al español: La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán, en Roxin, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia 2000, p. 121-158; y Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. Maier*, Buenos Aires 2005, p. 422 ss., este último recogido también en *Prohibición de autoincriminación y escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, 2008). Véase también otros trabajos suyos sobre el tema citados en nota 1.

11. Cfr. Roxin, *Homenaje a Maier*, p. 423.

12. Véase BGHSt (Sentencia del Tribunal Supremo alemán en asuntos penales) 42, 139 a 157.

13. Roxin, *Homenaje a Maier*, cit. p. 424.

14. *Alternativ-Entwurf für die Reform des Ermittlungsverfahrens*, 2001, parágrafo 150 b. «Nadie puede ser inducido a incriminarse a sí mismo por coacción, engaño o ardid» (citado por Roxin, *Homenaje a Maier* cit., p. 425, nota 17).

fiere a la utilización como prueba de los papeles en los que el acusado durante su estancia en prisión había hecho unas anotaciones para utilizarlas en su defensa¹⁵, o el de la supuesta «adivina» que, confabulada con la policía, conseguía, alegando poderes sobrenaturales y contactos con el más allá, que sus compañeras de celda le dieran información por escrito sobre su participación en hechos delictivos¹⁶. En ambos casos, el Tribunal Supremo anuló las sentencias condenatorias, alegando, en el primer caso, lesión del derecho a la defensa, y en el segundo el aprovechamiento por parte de la «adivina» de las circunstancias extraordinarias que se dan en una situación de prisión preventiva y que además que aquélla había suministrado drogas a las presas, a lo que Roxin añade el engaño mismo y la coacción que suponía la amenaza de invocar supuestos contactos con poderes sobrenaturales que podían vengarse de las presas si éstas no revelaban a la «adivina» los delitos en los que habían participado¹⁷.

Siguiendo en esta tónica, Roxin se ocupa en su trabajo de otros casos en los que la lesión al principio *nemo tenetur* se realiza a través de la utilización de escuchas y grabaciones ocultas llevadas a cabo por la Policía de conversaciones privadas bien en lugares públicos, bien en el propio domicilio del sospechoso. Pero ello puede dar lugar a una posible violación de otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad, y, por tanto, puede plantear una problemática jurídica diferente, de la que nos ocupamos en otro lugar¹⁸. De momento, basta decir, que la tesis de Roxin es bastante contundente y clara en rechazar cualquier intento de evadir la prohibición de autoinculpación a través de ardid y medios engañosos bien utilizados directamente por la policía, bien sirviéndose de terceras personas. Pero también es justo señalar que el Tribunal Supremo alemán no es tan contundente en el rechazo de este tipo de pruebas, cuando se trata de investigar delitos

de gran trascendencia. Con ello se introduce en el principio *nemo tenetur* un criterio de proporcionalidad entre gravedad del delito y admisibilidad de algunas pruebas, al que no alude ninguna de las declaraciones constitucionales sobre el mismo, que puede relativizarlo hasta el punto de que lo que originariamente se configuró como un principio de vigencia absoluta pueda a la larga ser limitado o reducido a su mínima expresión, o sólo a la parte más evidente del mismo: la prohibición de tortura. Y aun así, ni siquiera esa vertiente del principio, que fue lo que le hizo surgir como principio fundamental del moderno proceso penal del Estado de Derecho, es hoy plenamente aceptada, o por lo menos cada vez más frecuentemente se encuentra teorías y decisiones jurisprudenciales que admiten su utilización si bien en casos extremos (faltaría más), sobre todo cuando las pruebas no se han derivado directamente de su práctica, sino como efectos colaterales o derivadas de la misma. De ello nos ocuparemos más adelante. Baste ahora con señalar que la admisión de las pruebas derivadas de una autoinculpación conseguida por engaño puede abrir la puerta a otras posibilidades menos sutiles y mucho más peligrosas para los derechos fundamentales del imputado.

III. La autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial. La STS de 4 diciembre 2006

En el caso fallado por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 4 diciembre 2006¹⁹, se trataba de un sujeto acusado de haber suministrado información sobre los itinerarios, horarios y modos de vida de un Juez que luego fue asesinado por un miembro del grupo terrorista independentista vasco ETA. En su declaración ante la policía y en presencia de un abogado el presunto informador había confesado haber realizado esta actividad de información,

15. BGHST 44, 46.

16. BGHST 44, 129.

17. Roxin, Homenaje a Maier, cit. p. 426.

18. Cfr. Francisco Muñoz Conde, Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, 2.ª ed., Buenos Aires, 2007.

19. El texto de esta sentencia se encuentra editada por el Centro de Documentación de Judicial. En la nota a la tercera edición de mi libro *La búsqueda de la verdad ant. cit.*, la cito con una fecha equivocada (26 noviembre 2006). Pero en realidad lo que se produjo el 28 (no el 26 como se mencionaba por error) de noviembre del 2006, fue un Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Supremo español sobre la validez como prueba de las declaraciones del imputado en sede policial, cuando no es ratificada luego ante el órgano judicial, y es en este Acuerdo en el que se basa luego la sentencia de 4 de diciembre para fundamentar su decisión mayoritaria. Es de suponer, por tanto, que este Acuerdo fue justamente realizado para ilustrar a los Magistrados que pocos días después configuraron la mayoría que confirmaron la sentencia condenatoria pronunciada por la Audiencia Nacional en base a la declaración realizada por el imputado ante la policía. No hay constancia de los argumentos empleados en ese Acuerdo, pero la sentencia de 4 de diciembre se refiere expresamente a él y en un largo Fundamento jurídico expone los distintos criterios jurisprudenciales habidos hasta la fecha en relación con este tema (véase infra). En el libro de Elena Iñigo Corroza y Eduardo Ruiz de Erenchun Arteche, *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Barcelona 2007, p. 413 ss., se menciona este Acuerdo, cuyo contenido se transcribe como sigue: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia»; pero luego sólo se reproduce el mencionado Fundamento jurídico de la sentencia de 4 diciembre. En todo caso, debe advertirse que los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo sólo tienen un valor indicativo de los criterios dominantes en esa Sala, y en absoluto el valor vinculante de una fuente del Derecho penal (sobre ello, véase Iñigo Corroza/Ruiz de Erenchun, *Los acuerdos cit.*, p. 107 ss.).

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

pero posteriormente se retractó de esta declaración cuando fue interrogado por el Juez de Instrucción, alegando que la anterior confesión ante la policía la había realizado bajo coacción y supuestas torturas. La misma actitud mantuvo luego en el juicio oral ante la Audiencia Nacional. A pesar de ello este Tribunal consideró que la confesión ante la policía podía tener carácter de prueba de convicción y ser valorada como tal en la medida en que había sido corroborada por el testimonio de los policías que intervinieron en la misma y fueron llamados luego al juicio en calidad de testigos, y el del propio abogado que lo asistió en su confesión ante la policía.

El así condenado recurrió en casación al Tribunal Supremo, alegando entre otras cosas la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo de que las declaraciones prestadas ante la policía y no ratificadas luego ante el órgano judicial competente no pueden ser admitidas como prueba y que la valoración de la misma viola, por tanto, el principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24, 2 de la Constitución.

Antes de entrar en la exposición de los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para rechazar el recurso, conviene hacer algunas precisiones aclaratorias:

1. Salvo la posible afinidad ideológica o incluso pertenencia a grupos simpatizantes con la banda terrorista que pudiera tener el acusado, o el conocimiento personal que tenía con el miembro de ETA que llevó a cabo el asesinato, no había otras pruebas que lo relacionaran con el asesinato terrorista que la confesión que había prestado ante la policía en la que reconocía haber suministrado información.

2. No deja de ser sorprendente que pueda utilizarse como prueba el testimonio del abogado que le asistió durante esa declaración, que si bien podía ser llamado para aclarar, por ejemplo, si hubo torturas o algún tipo de coacción durante la declaración de su asistido (lo que había sido alegado por él mismo), no parece que pueda serlo para declarar sobre hechos que puedan incriminar a la persona a la que en ese momento está prestando asistencia una asistencia jurídica que ya se puede considerar pertenece al derecho a la defensa y, por tanto, está acogida al secreto profesional.

3. No quedó probado (y en este sentido sí puede tener valor la declaración del abogado) que el acusado durante su confesión ante la policía hubiera sido sometido a algún tipo de coacción que invalidara su declaración, ni que los policías tuvieran algún tipo de interés personal en imputarle su participación en el hecho o urdieran otras pruebas para incriminarle o no dijeran en su deposición testifical la verdad sobre lo que habían oído decir al imputado durante su declaración.

4. Por supuesto, cualquier consideración crítica que aquí se haga sobre la validez como prueba de la declaración del imputado ante la policía, no excluye el más enér-

gico rechazo de cualquier ideología u opción política que invoque la violencia para conseguir sus objetivos, y la más enérgica condena del cobarde atentado del que fue víctima un honesto Magistrado que además era profesor de Derecho penal en la Universidad de Deusto (Bilbao), a quien llegué a conocer personalmente y valorar como una excelente persona y magnífico penalista.

De lo que aquí se trata es, por tanto, sólo de analizar la cuestión específica de si la declaración autoinculpatoria realizada por un imputado ante la policía y no ratificada después ante el Juez de Instrucción y ante el tribunal en el juicio oral puede o no ser admitida como prueba, y en base a ella exclusivamente poder llegar a un sentencia condenatoria. La mayoría de los Magistrados que componen la Sala sentenciadora (los Magistrados Juan Saavedra Ruiz y José Ramón Soriano Soriano, más el ponente de la misma Francisco Monterde Ferrer) dicen que sí, basándose para ello en diversos argumentos que seguidamente se exponen (infra a). Pero los otros dos Magistrados (Andrés Martínez Arrieta y Diego Ramos Gancedo) que también integraban el Tribunal que juzgó este hecho emitieron sendos votos particulares en los que rechazaron esta posibilidad en base a otros argumentos que también se exponen más adelante (infra b).

a) La posición mayoritaria del Tribunal Supremo, tras analizar detenidamente los hechos y la sentencia de la Audiencia Nacional en la que se condenó al recurrente, confirma esta condena y asumen que la prueba en la que se basó la misma es una prueba válida. Utilizan para ello el Acuerdo antes mencionado que probablemente fue tomado para apoyar esta decisión mayoritaria. Efectivamente, en este Acuerdo se dice que «las declaraciones validamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia»²⁰. Ello, en principio, puede ser, desde luego, asumible, por ejemplo, porque la declaración sea ratificada posteriormente ante el Juez, o porque existan otras pruebas (documental, testifical, pericial, etc.) que demuestren fehacientemente que lo que confesó ante la policía, aunque después lo negara ante el juez o en el juicio oral, corresponde con lo verdaderamente sucedido y se ha podido demostrar con ulteriores pruebas. Pero de lo que aquí se trata es de saber, si, al no haber esas otras pruebas, puede considerarse como tal la declaración como testigos de los policías (y del abogado) que estuvieron presentes en la primera declaración autoinculpatoria que hizo el acusado. Dado que el Acuerdo de 28 de noviembre del 2006 se hizo para servir de apoyo o asesoramiento jurídico a los Magistrados que luego confirmaron la sentencia condenatoria, puede deducirse que la escueta declaración que aquí se recoge se refiere a este supuesto concreto. No obstante, que la cosa no es tan clara lo demuestra el largo Fundamento Jurídico en

20. Así se recoge en el libro de Iñigo Corroza/Ruiz de Erunchen, p. 413.

D o c t r i n a

el que se recogen las distintas posiciones jurisprudenciales habidas al respecto hasta la fecha, y que por su importancia, a pesar de su extensión, creo pertinente reproducir:

«Respecto a la primera posibilidad señalada por el Tribunal Constitucional de introducción en el juicio oral de las declaraciones policiales, es decir la consistente en su lectura por la vía del art. 714 LECr., esta Sala ha venido adoptando las siguientes posiciones:

A) La ha excluido por entender que el precepto se refiere exclusivamente a declaraciones sumariales y no a las policiales en sentencias como las siguientes:

— STS de 16-7-94, referida a la declaración policial de un testigo que inculpa al acusado.

— STS nº 994/2003, de 23 de junio, se refiere a la declaración policial de un coimputado que inculpa al acusado.

— STS nº 5/2006, de 18 de enero, se refiere a la declaración policial de testigos que inculpan al acusado.

B) En otras resoluciones se ha reconocido por la Sala, a las declaraciones policiales practicadas legalmente, valor de prueba, si se reproducen en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Es decir, efectuándose su lectura y otorgándose la posibilidad de que las partes efectúen preguntas al que fue declarante en sede policial.

Así las SSTs de 14-9-1990; de 25-11-91; nº 1428/99, de 8 de octubre; y 179/2006, de 14 de febrero.

Y esta última sentencia pone su énfasis en el derecho de defensa de la parte, comprensivo del derecho al uso de los medios probatorios pertinentes, lo que autoriza a interrogar sobre el contenido y pormenores constatados en la diligencia policial, atrayendo al plenario tales declaraciones. Y argumenta que si se puede preguntar sobre manifestaciones o declaraciones extraprocesales, con mayor razón podrá hacerse sobre las procesales emitidas conforme a ley. Y finaliza sosteniendo que «el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial —aunque se presume más espontáneo y menos aleccionado— sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, sino por la vía del art. 714 LECr., sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la Policía en fase investigadora».

C) La segunda posibilidad apuntada por el Tribunal Constitucional, es decir, la introducción de las declaraciones policiales en el juicio oral cuando declaran en tal acto testigos que las presenciaron, tales como los policías ante las que se produjeron o el letrado que asistió en ellas al detenido, si bien no fue admitida por la STS de 2-11-93, en cambio sí lo fue en las siguientes:

— STS de 22-2-93. En este caso un detenido es quien inculpa a otros en la declaración policial; esta persona luego no es acusada y no comparece al acto del juicio como testigo, y quien declara en tal concepto es el letrado que asistió a la declaración.

— STS nº 949/96, de 29 de noviembre. Se refiere a la posibilidad, en general, de introducir la declaración policial mediante la testifical de los agentes ante los que se prestó.

— STS nº 1115/99, de 1 de julio. Se refiere a una testigo que inculpa a los acusados en la declaración policial, al acto del juicio comparecen el testigo y los policías instructor y secretario del atestado.

— STS nº 428/05, de 6 de abril. Se refiere a declaraciones testificales en sede policial. Al acto del juicio no comparecen los testigos (una fallecida y otra no localizada), y sí lo hacen los agentes policiales que presenciaron las declaraciones.

— STS nº 1106/2005, de 30 de septiembre que —citando la STS 918/2004, de 16 de julio y la nº 349/2002 de 22 de febrero—, tras señalar que, por sí sola, la declaración autoincriminatoria no puede ser valorada en orden a fundar una sentencia condenatoria, ya que al ser prestada ante la policía, puede ser fuente de prueba pero no prueba en sí misma, ni aún con su lectura en el plenario de acuerdo con el art. 714 LECrim., porque tal lectura no muda la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de su suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción, reconocía que «ello no obstante, existe una consolidada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que concede excepcionalmente un cierto valor de prueba a las actuaciones policiales, que la declaración autoincriminatoria en esa sede, no ratificada posteriormente, puede ser estimada como prueba de cargo siempre que se acrediten las siguientes circunstancias: 1º) que conste que aquélla fue prestada previa información de sus derechos constitucionales; 2º) que sea prestada a presencia de Letrado y 3º) finalmente que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma (SSTC 303/93, 51/95 de 23 de febrero, 153/97 de 29 de septiembre, así como de esta Sala, 1079/2000, de 19 julio).

D) Por su parte, de conformidad con la doctrina constitucional y jurisprudencial expuesta el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado en 28-11-06, acordó: “admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

E) Además de lo dicho, cabe añadir, saliendo al paso de las objeciones que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva imparcialidad, ante la imposibilidad —que se apunta— de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración. Y, en segundo lugar, que los mencionados testigos de referencia no suplantán al autor de la declaración, si este se encuentra a disposición del Tribunal (en el sentido de las STS nº 829/06, de 20 de julio; nº 640/2006, de 9 de junio; o nº 332/2006, de 14 de marzo), pues el órgano de instancia no deja de valorar, mediante la percepción inmediata del lenguaje verbal e incluso corporal o gestual utilizado, las manifestaciones del procesado, aunque fueran parcial o to-

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

talmente evasivas o negatorias respecto de lo anteriormente reconocido.

El acceso al juicio oral de las declaraciones de referencia trata de no cercenar las posibilidades valorativas que el art. 117.3 CE y el art. 741 LECr. atribuyen al Tribunal de instancia, de modo que, como señala la STS nº 1091/2006, de 19 de octubre “conviene recordar que el proceso penal busca la verdad material de los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, por encima de reduccionismos probatorios que se refugien exclusivamente en una clase de prueba, desdeñando todas las demás”, siempre que —añadiríamos nosotros— se ajusten a las exigencias constitucionales y legales, descartando toda indefensión. Lo que es el caso que nos ocupa».

El Fundamento Jurídico que se acaba de transcribir, es una buena prueba de las dudas y vacilaciones que ha tenido la Jurisprudencia española en los últimos años en relación con el tema que nos ocupa. Lo que no deja de ser preocupante, teniendo en cuenta que el recurso de casación que motiva esta jurisprudencia no tiene como misión, salvo excepciones, revisar los hechos que se han estimado probados por el tribunal inferior, sino unificar la doctrina interpretativa, y poco puede unificar una jurisprudencia tan cambiante y contradictoria como la que aquí se describe. Tampoco aclara mucho el Acuerdo del Pleno de 28 noviembre al que se refiere el Fundamento D), pues sólo expresa una posición tan genérica que puede ser compatible con todas las posiciones jurisprudenciales citadas. Tampoco se puede olvidar que las resoluciones jurisprudenciales están condicionadas, además de por las limitaciones que tiene el recurso de casación para revisar los hechos estimados como probados por el tribunal inferior, por las particularidades del caso concreto, lo que obviamente impide muchas veces deducir una doctrina jurisprudencial unitaria, como a veces pretenden algunos comentaristas que en apoyo de sus particulares opiniones ponen una sentencia tras otra de las que son favorables a sus tesis, e ignoran las que son contrarias, o modifican en todo caso las tesis jurisprudenciales citando unos párrafos y omitiendo otros.

Pero el problema central de esta sentencia sigue siendo, a mi juicio, que por más que se pueda admitir como prueba testifical la declaración de los policías éstos solo pueden declarar sobre lo que escucharon decir al acusado en su declaración, pero no que fuera verdad o mentira el contenido de la declaración en sí misma. Si no lo hizo coaccionado por amenazas o tortura (y ello queda descartado por el propio tribunal), es muy probable que el propio acusado, sabiendo bien por conocimiento propio o por asesoramiento de un abogado, que su declaración ante la policía

no tiene en sí misma valor probatorio alguno, aunque sea autoinculporatoria (tampoco si es exculporatoria), diga lo que en ese momento le parezca más oportuno, bien para acelerar su puesta a disposición judicial, bien por cualquier otra causa. Pero no debemos olvidar que independientemente de las motivaciones particulares que pueda tener una persona para autoinculparse en su declaración ante la policía, la autoinculporación, es decir, la confesión como única prueba es, como ya hemos indicado²¹, dudosa como prueba de cargo para fundamentar una condena, pues el acusado puede autoinculparse y no sólo ante la policía, sino también ante el Juez instructor y ante el Tribunal en el juicio oral, por muchos motivos, incluso para encubrir al verdadero autor o a otras personas verdaderamente responsables del delito, y ello motiva que generalmente se exijan otras pruebas adicionales que corroboren lo que el acusado haya confesado. Así lo reconoce el art. 406, 1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal cuando dice: «La confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito».

Pero la prohibición de valorar como prueba la autoinculporación ante la policía tiene sobre todo su origen en la voluntad de los primeros redactores de las Leyes que en el siglo XIX empezaron a regular el proceso penal conforme a los patrones del sistema acusatorio, de eliminar definitivamente la práctica de la tortura como forma de conseguir la confesión del torturado que se convertía así en la principal prueba contra sí mismo. No deja de ser interesante resaltar en este punto que una de las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional español cuando fue creado ya en la etapa democrática fue establecer que las declaraciones del imputado en sede policial no tenían el carácter de prueba sino de mero «atestado policial», rompiendo así con una praxis jurisprudencial muy característica del régimen anterior autoritario de la dictadura franquista que venía diciendo exactamente lo contrario²². Y aunque hoy se admita, lo que es ya mucho admitir, que la tortura se ha erradicado completamente de la praxis policial, o que sólo se detecta en casos singulares, no podemos olvidar este origen y el sentido profundo que tiene negar validez de prueba a la autoinculporación en sede policial. A ello hay que unir también que las diligencias policiales, conforme al art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, sólo tienen carácter de denuncia y que la declaración del acusado o cualquier otro dato o elemento para que pueda ser incorporada como elemento probatorio en el juicio oral, incluso como prueba preconstituida o anticipada en caso de imposibilidad de reproducción en el juicio oral, tiene

21. Ver supra lo dicho en nota 3.

22. Véase STC 31/81. A este respecto dice Armenta Deu, Lecciones ant. cit., p. 256: «A partir de la STC 31/1981, y recordando el propio tenor literal del art. 397 LECrim., se dejó sentado que tanto el atestado policial como las diligencias de investigación que constan en el mismo tienen en principio el valor de mera denuncia. Esta doctrina se consagró posteriormente en la STC de 28 julio de 1981 y ha sido recogida íntegramente en la Sala Segunda del TS», aunque la propia autora reconoce que a partir de aquí, de una manera excepcional, pero ciertamente frecuente, se reconoce valor de prueba a ciertas diligencias.

D o c t r i n a

que por lo menos ser realizada ante el Juez encargado de la instrucción, es decir, como indica el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto a las declaraciones de testigos contradictorias, deben haber sido prestadas en el sumario²³. Pero además de estos, hay otros argumentos en contra de la tesis mayoritaria del Tribunal Supremo, que son claramente expuestos con mayor brevedad por los Magistrados que emiten voto particular de disidencia y a los que hay que darles especial relevancia porque insisten en la vinculación entre la inadmisibilidad como prueba de la autoinculpación en sede policial y la vigencia del principio *nemo tenetur*.

b) Efectivamente, como antes se ha dicho, los Magistrados Martínez Arrieta y Ramos Gancedo emiten sendos votos particulares contra el parecer mayoritario de sus compañeros de Sala, referidos exclusivamente a este punto. El primero señala, además de lo que se acaba de decir, que los policías que presenciaron la declaración y luego fueron llamados como testigos al juicio oral, sólo pueden tener la calidad de «testigos de referencia», cuyo testimonio, por tanto, podría tener relevancia, con todas las reservas que se formulan contra esta clase de testimonio, en la medida en que se refieran a la declaración de personas que no se encuentren en ese momento en el juicio oral, pero no cuando «en el juicio se encuentre presente el referenciado, esto es, el propio imputado». Y cita en apoyo de esta tesis abundante jurisprudencia del propio Tribunal Supremo y del Constitucional. Y abundando en este argumento indica que los funcionarios policiales «no son testigos de los hechos objeto del juicio, por tanto su testimonio es impertinente al no guardar relación con los hechos del proceso». Pone en cuestión también la imparcialidad de dicho funcionarios, no ya en el sentido de que tuvieran alguna intención de perjudicar al acusado, sino en el de que no pueden desdecirse de lo que ya habían recogido como declaración del mismo en el atestado que hicieron. Y termina diciendo que «la declaración autoincriminatoria de un imputado en sede policial, realizada en condiciones de legalidad previstas en nuestro ordenamiento, podrán, y deberán ser objeto de investigación y los datos obtenidos podrán ser llevados al enjuiciamiento para conformar la convicción judicial..., es decir, pueden ser fuente de prueba pero no son medio probatorio de los hechos enjuiciados». Y aún con más contundencia añade:

«La admisibilidad de la consideración de prueba a las declaraciones de los funcionarios de policía que recibieron la declaración contradice, gravemente, el principio “nemo tenetur”, es decir, el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio y a ser informado del mismo, que nuestro ordenamiento consagra, pues la decisión de no declarar, de no autoincriminarse, ante un órgano con capacidad para conformar en su presencia prueba, en el sentido procesal del

término, no puede ser obviado fraudulentamente por la declaración de quienes le oyeron una determinada manifestación.»

Con parecidos argumentos disiente también el Magistrado Ramos Gancedo de la opinión mayoritaria. Tras señalar las diferencias que hay entre la fase de instrucción y el juicio oral en el proceso penal acusatorio, y atribuirle a las diligencias policiales el valor de fuente de prueba, pero no de prueba en sí misma, ya que aún no han sido realizadas con las debidas garantías que implica la presencia judicial, cita varias resoluciones del Tribunal Constitucional que niegan valor probatorio, directo o indirecto, a las declaraciones del imputado en sede policial, y que las diligencias policiales en general, salvo en algunos supuestos de pruebas sobre datos objetivos, croquis, fotos, huellas, pruebas alcoholométricas, etc., carecen de valor probatorio alguno, insistiendo que incluso en casos de pruebas anticipadas o preconstituidas, éstas sólo pueden ser valoradas como tales en la medida en que se hayan practicado ante el Juez de Instrucción (arts. 714 y 730 Ley Enjuiciamiento Criminal). Pero sobre todo a la hora de admitir la posibilidad de la declaración de los funcionarios policiales como «testigos de referencia», indica Ramos Gancedo que ello, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo (que cita), sólo es posible si «concurren dos requisitos esenciales. El primero y fundamental, que los datos sobre que verse la deposición sean de carácter objetivo; y el segundo, que no exista otra forma de constatación de los mismos, porque la correspondiente diligencia original fuera irrepetible. Y, aun siendo así, en todo caso, el empleo de tales testigos de referencia sólo estará autorizado en supuestos de imposibilidad real y efectiva de oír al testigo directo». En definitiva, según este Magistrado, de lo único que pueden testificar los funcionarios policiales es de «la realidad de la confesión misma (redundante en todo caso al venir firmada y admitida por el que la prestó) y las circunstancias en que la declaración tuvo lugar, pero, en ningún caso, sobre el contenido de la misma».

La tesis fundamental en la que se apoyan ambos Magistrados disidentes es, pues, la siguiente: La declaración autoinculpatoria ante la policía puede ser una *fuentes de prueba*, pero no un *medio de prueba*. Y esta distinción por más que parezca sutil, es fundamental para diferenciar la distinta relevancia que puede tener un dato, declaración o hecho en la fase de investigación policial y de instrucción, y en el momento del juicio oral. Sucede aquí lo mismo que con la declaración del coimputado²⁴. Si alguien en su declaración ante la policía confiesa, por ejemplo, que cometió un asesinato porque otra persona le pagó para que lo hiciera, esta declaración puede ser motivo suficiente para que el Juez de Instrucción acuerde la vigilancia de las conversaciones telefónicas de esta otra persona, la inspección

23. Sobre anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal, véase la obra de Guzmán Fluja, del mismo título, antes citada, p. 203 ss.

24. Véase al respecto Muñoz Conde, La búsqueda de la verdad cit. y lo dicho en nota 4.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

de sus cuentas bancarias buscando alguna transferencia de dinero a nombre del ejecutor material, sus relaciones personales, e incluso en la medida en que crea que eso puede facilitar la investigación, o para evitar que se sustraiga a la acción de la Justicia escapando o pueda destruir pruebas que le inculpen, acordar excepcionalmente «y dada la gravedad del hecho del que se le acusa la prisión preventiva; y dictar además auto de procesamiento que lo llevará a ser acusada de inducción a un asesinato en un juicio oral». Pero si el día del juicio oral, el único elemento en el que se basa la acusación sigue siendo única y exclusivamente la declaración del coimputado, y la policía, Juez de Instructor y, en definitiva, el Ministerio Fiscal no pueden aportar ningún otro dato que pueda confirmar lo que ha declarado respecto a la participación del otro imputado, éste tiene que ser absuelto, y con mucha mayor razón si la declaración que hizo en su contra el coimputado en sede judicial, no ha sido luego confirmada ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral. No se trata aquí de un problema de calificación jurídico material. Evidentemente, si se prueba que un sujeto ha pagado a otro para que mate a su enemigo, la calificación de ese hecho como inducción a un asesinato (o en otros Ordenamientos jurídicos, de homicidio cualificado), no plantea ningún problema. Pero el problema procesal es precisamente demostrar con los medios de prueba admisibles jurídicamente esa inducción. Y por las razones que ya he expuesto en otro lugar²⁵, la simple declaración inculpatoria de un coimputado contra otro, y mucho más si sólo se ha dado en la sede policial y ha sido después negada ante el Juez o el Tribunal en el juicio oral, no puede valorarse como prueba, por más que hasta ese momento haya servido como fuente de prueba para buscar pruebas incriminatorias e incluso para acordar medidas cautelares tan graves como la prisión preventiva.

Lo mismo pasa en el caso enjuiciado en la STS 4 diciembre 2006. Es muy probable que dado el conocimiento que tiene la policía especializada de los sujetos que pueden estar en el entorno del grupo terrorista, pueda sospechar que una determinada persona puede haber realizado labores de información sobre horarios, forma de vida, etc., del Magistrado que luego fue asesinado. Como ya he señalado en otra ocasión²⁶, desde el punto de jurídico material no hay ningún problema en considerar coautores a los miembros de un comando de ETA, en el que, en función del reparto de papeles y previo acuerdo y siguiendo un plan ya determinado, uno es el autor material de los disparos, otro espera en el coche para asegurar la huida y un tercero previamente suministró información sobre el lugar por donde iba a pasar la víctima del asesinato; igual

que tampoco hay ningún problema en hacer la misma calificación de los intervinientes en un atentado con bomba, en el que uno ha fabricado la bomba, otro la ha instalado en el coche de la víctima y otro la hace estallar. Y la misma calificación se puede hacer, por supuesto, respecto a los que incluso a miles de kilómetro de distancia a través del control del aparato de poder la organización terrorista deciden la realización del asesinato. En todo caso, se acuda a la figura de la coautoría o, en este último caso, a la de la inducción, o simplemente a la de la cooperación necesaria (art. 28.2 del Código penal español), que algunos califican de coautoría y otros de una forma de participación castigada como autoría, el problema sigue siendo la prueba, que cuando se refiere a la ejecución material es casi siempre una prueba objetiva basada en conocimientos balísticos, percepción visual de los testigos que presenciaron el atentado, etc.; pero que cuando se refiere a otras formas de intervención puede ser mucho más compleja y difícil de obtener. Tras la lectura de la STS de 4 diciembre del 2006 y de los hechos probados que obran en la misma, uno tiene la impresión de que tanto la Policía, como el Juez Instructor y los Magistrados de la Audiencia Nacional estaban convencidos de que el acusado había suministrado efectivamente información para la ejecución material del asesinato, porque era un sujeto del entorno afín al grupo terrorista, conocía personalmente al ejecutor material y además lo confesó ante la policía y en presencia de un abogado que en aquel momento le asistía. Y esto motivó también que el Juez acordara su prisión provisional y lo que, ya de por sí es muy grave, lo mantuviera en prisión provisional a la espera del juicio oral durante años. Pero si una vez que se llegó al juicio oral no hubo más elementos probatorios que estos, lo que fue una *fente de prueba*, es decir, una razón para investigar más y buscar otros elementos incriminatorios de mayor consistencia jurídica, no puede convertirse sin más en un *medio de prueba*.

La verdad es que tras la lectura de los votos particulares de los Magistrados disidentes uno queda reconfortado en el profundo respeto que le merecen la prohibición de valorar como prueba la autoinculpación en sede policial, pero esa impresión queda anulada con la sentencia condenatoria firmada por los otros componentes de la Sala. Dadas las limitaciones que tiene el recurso de casación para volver a valorar las pruebas, aquí no se planteaba el tema de si los Jueces del Tribunal que dictó la primera sentencia condenatoria haciendo uso de las facultades que le brinda el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal para valorar libremente las pruebas practicadas en el juicio, llegaron al convencimiento íntimo de la participación del

25. En La búsqueda de la verdad cit., p. 74 ss.

26. Véase Muñoz Conde, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?, en Revista Penal 2002 (hay una versión más breve de este trabajo en alemán, publicada en el Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 609 ss., con el título Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen «nichtrechtsgelöster» Organisationen).

acusado en el atentado que le costó la vida al Magistrado, sino el problema de si ese convencimiento podía jurídicamente basarse en una autoinculpación realizada por el acusado ante la policía y no ratificada luego ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral. Los Magistrados del Tribunal Supremo al confirmar mayoritariamente esta sentencia y el Acuerdo del Pleno al abrir la posibilidad de que estas declaraciones puedan ser admitidas como prueba, confirman la sospecha de que ante sucesos tan horribles como el asesinato terrorista de un compañero cometido por miembros de una banda que desgraciadamente lleva cometiendo este tipo de hechos más de treinta años, la tendencia hacia un «Derecho penal del enemigo» o en este caso de un «Derecho procesal penal del enemigo», es algo que subrepticamente se va introduciendo en la mente y en la praxis de los que tienen como misión principal velar porque se respeten los principios del Estado de Derecho y las garantías y derechos fundamentales del imputado que caracterizan el proceso penal del Estado de Derecho. Es probable que si el hecho no se hubiera tratado de un atentado terrorista tan grave y el acusado no hubiera sido alguien vinculado al grupo terrorista que lo cometió, la tesis acordada mayoritariamente por el Tribunal hubiera sido distinta. Pero si esto fuera así, junto al Derecho penal y procesal del enemigo, se le añadiría también lo que, a mi

juicio, es uno de sus signos más relevantes el «Derecho penal de autor»²⁷.

IV. La autoinculpación conseguida a través de la grabación de conversaciones privadas, escuchas telefónicas y domiciliarias

Es evidente que los fallos jurisprudenciales citados en los dos epígrafes anteriores demuestran que el progresivo debilitamiento del principio *nemo tenetur* es una realidad cada vez más frecuente en la praxis policial y judicial encargada de la persecución de los delitos que, con uno u otro pretexto, y con más o menos ingenio jurídico, consiguen que sea el propio inculcado el que suministre material probatorio en su contra. Pero muchos de estos casos, aunque confirmados por una jurisprudencia cuestionable, no dejan de ser casos puntuales que podrían ser considerados como excepcionales, si no fuera por su capacidad para convertirse en modelos generalizables. Y es esto lo que finalmente ha sucedido cuando, aprovechando la facilidad que presentan las modernas técnicas de captación de conversaciones privadas y actividades de la vida privada y la obtención de pruebas biológicas extraídas del propio cuerpo del acusado²⁸, se está consiguiendo que éste sumi-

27. Sobre las vinculaciones entre una y otra forma de entender el Derecho penal, véase mi monografía «De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo», cit. p. 69 ss., 142 ss. No deja de ser interesante recordar que uno de los principales partidarios del Derecho penal de autor en la época nazi, Erik Wolf, dijera en los años de la dictadura nazi que «la presunción de inocencia», no tenía cabida en un proceso penal construido sobre la base de la «fidelidad del ciudadano alemán a la comunidad del pueblo», porque precisamente por ese deber de fidelidad que le unía a su comunidad tenía la obligación de demostrar su inocencia y restablecer su honor puesto en duda, cuando, por las razones que fueran, recayera sobre él la sospecha de que había cometido un delito (véase Erik Wolf, *Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren*, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, p. 178: «las ideas fundamentales del proceso penal no deberían ser edificadas sobre el caso de excepción de que el imputado sea inocente, sino deben contar con el caso normal de que el imputado sea el autor»; citado por Javier Lobet Rodríguez, *Justicia Penal en el Estado arbitrario*, Costa Rica, 2004, p. 111). Sobre el renacimiento de estas ideas y la relativización de la presunción de inocencia y de las prohibiciones probatorias en autores como Pawlik, Lesch o Müssig, próximos al planteamiento funcionalista de Jakobs y a su tesis sobre el derecho penal (procesal penal) del enemigo, véase Portilla Contreras, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo cit.*, p. 248, quien con toda razón las critica y denuncia el peligro que representan para el Estado de Derecho (véase también lo dicho supra en nota 9). Sobre éstas y otras aberraciones jurídicas creadas, fomentadas o, en todo caso, fundamentadas dogmáticamente por prestigiosos penalistas alemanes en la época, que luego, sin embargo, ocultaron cuidadosamente su pasado y aparentemente, al menos, volvieron a propugnar el Derecho penal del Estado de Derecho, véase mi libro, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4.ª edición, Valencia 2004.

28. Por ejemplo la prueba o test de alcoholemia en los delitos contra la seguridad del tráfico viario por conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas es cuestionable desde el punto de vista del derecho a la no autoincriminación, porque de algún modo supone que sea el propio sospechoso el que suministre los datos que pueden servir para incriminarle, criminalizando incluso su negativa a no someterse a esta prueba cuando es requerido para ello. No obstante, el Tribunal Constitucional español en sentencia 161/1997, de 2 octubre, ha evitado esta objeción diciendo que la prueba no necesariamente es autoincriminatoria, sino que es simplemente una «pericia de contenido incierto». Más peliaguda es la cuestión en lo que se refiere a la prueba obtenida a través de análisis del ADN de una persona a la que ni siquiera se le comunica que se ha obtenido esa prueba de alguna muestra biológica suya. Al respecto ha habido decisiones jurisprudenciales contradictorias que motivaron que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptara un Acuerdo (31 enero 2006), en el que lacónicamente se declara que «la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Sin embargo, poco antes, la STS 19 abril 2004 rechazó una prueba obtenida de una muestra de saliva del sospechoso, sin pedirle su consentimiento y sin autorización judicial (cfr. comentario a ambas decisiones realizado en sendos artículos por Cortes Bechiarelli, *Garantías procesales para la obtención de muestras de ADN*, en *Revista Penal*, 2005, p. 36 ss.; el mismo, *Muestras biológicas abandonadas por el sospechoso y validez de la prueba del ADN en el proceso penal*, en *Revista Penal*, 2006, p. 45 ss.). Recientemente, la Ley Orgánica 10/2007, ha regulado la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

nistre involuntariamente y sin saberlo el material probatorio que luego puede ser valorado en su contra.

Ya desde hace algún tiempo se han venido dando resoluciones judiciales sobre la prohibición de autoinculpación en casos en los que se había logrado con el empleo de grabaciones de conversaciones telefónicas. Pero lo que empezó siendo algo excepcional y limitado en principio sólo a este tipo de escuchas, ha pasado a ser una técnica generalizada de escucha domiciliaria, en la que a través de la instalación de aparatos de escucha y grabación de forma permanente en un domicilio privado se pueden escuchar las conversaciones que un sospechoso mantiene en ese domicilio con su familiares, amigos o allegados, o incluso consigo mismo. La posibilidad de una especie de «Gran Hermano» que vigile hasta los actos más íntimos de nuestra vida en nuestro propio domicilio, no es ya una hipótesis de ciencia-ficción, sino una realidad de la vida cotidiana que puede darse en cualquier momento.

Es indudable que esto representa ya de por sí también un peligro para la vigencia del *nemo tenetur*, pues como se preguntaba Kirsch hace ya algunos años:

«¿Cómo puede explicársele al sospechoso cuyo correo y teléfono están intervenidos, cuyo domicilio está lleno de micrófonos, a cuyas ventanas apuntan micrófonos direccionales y teleobjetivos hipersensibles, cuya novia conocía casualmente a Agentes de la Oficina para Asuntos criminales del Land y que no puede dar un paso más allá de la puerta sin que le siga un discreto turismo de aspecto nada sospechoso, que también rige para él el derecho a no autoinculparse?»²⁹.

Pero este peligro evidente para la vigencia del *nemo tenetur*, lo es también para otro derecho fundamental reconocido como tal en casi todas las Constituciones moder-

nas y Declaraciones internacionales de Derechos humanos; me refiero naturalmente al derecho al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y sobre todo a la inviolabilidad del domicilio privado.

Desde el primer momento del nacimiento del proceso penal del Estado de Derecho, en casi todas las legislaciones procesales penales decimonónicas se rodeó de garantías a la intromisión del poder estatal en la vida privada de los ciudadanos, protegiendo la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia y las comunicaciones privadas, y regulando bajo muy estrictos presupuestos los casos en los que excepcionalmente se podía permitir algún tipo de intromisión, siempre con autorización y control judicial³⁰.

Pero lo que eran casos puntuales y legalmente tasados se convirtió, con el empleo de los nuevos medios tecnológicos que permiten de forma permanente controlar, escuchar o grabar las comunicaciones y otros actos de la vida privada de los ciudadanos en sus propios domicilios, en una intromisión mucho más agresiva y peligrosa para la vigencia de esos derechos. Ello empezó naturalmente con las escuchas de las conversaciones telefónicas entre particulares, en las que indudablemente se podían conseguir datos relevantes para la investigación de un delito (también para la prevención de su comisión) y que permitieran inculpar a uno o a ambos intervinientes en la conversación. Cuando a raíz de los primeros casos en los que la Policía o el Ministerio fiscal presentaron en juicio pruebas de cargo basadas en escuchas telefónicas, los Tribunales empezaron a rechazarlas, alegando entre otras cosas que no se habían cumplido las garantías que exige la interceptación de las comunicaciones privadas, como la postal o telegráfica, ya reconocidas y reguladas

Una problemática peculiar desde el punto de vista de la prohibición de autoincriminación la presenta también el tema de si el contribuyente o inspeccionado por sospecha de fraude económico o fiscal tiene obligación de declarar o aportar datos a los inspectores administrativos que estos puedan luego utilizar en un proceso penal. El tema ha sido y es objeto de viva discusión, aunque al respecto hay ya algunas disposiciones legislativas que imponen esa obligación de contribuir con la inspección fiscal o auditoría administrativa (véase por ejemplo, la Ley española 26/1988, de 26 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y el art. 294 del Código penal que castiga la obstaculización a tareas de inspección o supervisión). Silva Sánchez (Hacia el «Derecho penal de la prevención», La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal, en ¿Libertad económica o fraudes punibles?, 2003, p. 307 ss.), considera que dicha obligación sancionada penalmente en caso de incumplimiento puede ser incluso anticonstitucional por infringir la prohibición de no autoincriminación. De una opinión parecida respecto a la regulación alemana de la obligación de colaboración del contribuyente con la inspección fiscal, es Kirsch, en La insostenible situación cit., p. 250, quien dice que aunque la Ordenanza tributaria alemana no impone este deber en caso de que de él pueda resultar una autoincriminación, contiene una excepción para aquellos delitos en cuya persecución concurra un interés público. Que la cuestión no es tan clara lo demuestra la sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos, de 4 octubre 2005, en la que se estima la demanda de un ciudadano irlandés contra el Reino Unido, en la que se pedía la nulidad de la prueba aportada en un proceso penal por fraude contable que los inspectores habían detectado en el curso de una inspección tributaria, de carácter no penal. Desgraciadamente, no podemos ocuparnos ahora aquí de estas cuestiones, que aún estando también íntimamente vinculadas con la prohibición de autoincriminación, presentan una problemática específica.

29. En La insostenible situación cit., p. 263.

30. La enumeración de los Ordenamientos jurídicos que contienen en sus Constituciones y normas procesales derechos y garantías de este tipo sería ahora interminable. Baste decir que además de en el derecho interno de la mayoría de los países de la Comunidad internacional, estos derechos y garantías son también patrimonio de la humanidad, en la medida en que han sido recogidos en las Declaraciones y Convenciones internacionales de derechos humanos, ratificadas por casi todos los países de la Comunidad internacional.

D o c t r i n a

de antiguo en las leyes procesales, se hizo necesario regular también este tipo de intervención, dotándola de las mismas o parecidas garantías, en función de sus peculiaridades técnicas, que tenían las intervenciones tradicionales de entrada y registro del domicilio, control de la correspondencia, etc.

En España Ley de Enjuiciamiento criminal fue reformada en 1985 para permitir la interceptación de las conversaciones telefónicas, pero la jurisprudencia ha tenido que interpretar el art. 579 de forma restrictiva, ajustando esta regulación a las pautas marcadas por el Tribunal europeo de Derechos humanos que en importantes decisiones, como el caso Bugallo o el caso Valenzuela, ha denunciado que la regulación del Derecho español, «tanto escrito como no», no cumple los requisitos del art. 8 de la Convención europea de Derechos humanos³¹. En todo caso, ya el Tribunal Supremo en un Auto de 19 junio 1992 había anulado la prueba obtenida por escuchas telefónicas en base a que no se habían cumplido correctamente las garantías procedimentales por parte del Juez que las autorizó, pero sobre todo en base al principio de proporcionalidad al estimar que la grabación había sido autorizada para investigar un delito grave (tráfico de drogas) y lo que se descubrió fue un delito menos grave de conspiración para un cohecho. Y del mismo modo años más tarde el Tribunal Constitucional, en pleno, en su sentencia de 23 octubre 2003 (18/2003), anuló una sentencia condenatoria del Tribunal Supremo, confirmatoria de otra de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la que las grabaciones se habían autorizado por el juez y llevado a cabo con las garantías procedimentales requeridas, pero la autorización judicial se había dado en base a una denuncia anónima sin mayores comprobaciones de otros datos que pudieran confirmar la existencia de un delito (también de cohecho)³². Estas sentencias, por afectar a un tema tan candente y delicado como el de la financiación ilegal de los partidos políticos, podían estar influenciadas por intereses extrajurídicos, presiones de los medios de comunicación, etc., pero lo cierto y verdad es que con ellas y con otras

que se han dado en estos últimos años, se ha venido a reconocer que, aun en ausencia de una regulación procesal estricta del régimen de las escuchas telefónicas, son los propios Tribunales de Justicia los que tienen que velar porque se cumplan unas garantías que salvaguarden el derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos.

En otros países europeos el legislador ha adaptado la regulación de este tema a las exigencias que al respecto le marcaba la jurisprudencia nacional e internacional. Este fue, por ejemplo, el caso de Alemania, en donde se reguló en la Ordenanza Procesal Penal la forma en que tenía que hacerse la escucha telefónica para que pudiera admitirse como prueba, bajo control y autorización judicial y en relación con determinados delitos graves, que se mencionan expresamente en un catálogo. También otros Estados europeos han ido introduciendo reformas en las leyes procesales para adecuarlas a la jurisprudencia del Tribunal europeo. Así sucedió, por ejemplo, en Portugal³³ o en Italia³⁴.

Pero como decía el famoso personaje de una zarzuela española, «hoy las ciencias adelantan que es una barbaridad», y en este ámbito de irrupción en la intimidad ajena, las modernas tecnologías audiovisuales han avanzado a pasos agigantados de forma que actualmente no hay ámbito de la vida privada, incluso los más íntimos, que no pueda ser invadido por el ojo siempre vigilante del Gran Hermano estatal, o por el de otros particulares (detectives privados, periodistas de la prensa del corazón, chantajistas profesionales, «voyeurs», maridos o esposas celosas o amantes despechados, etc.). Y ello no sólo a través la grabación de las conversaciones telefónicas puntuales que pueda tener el sospechoso con amigos, parientes o compinches de un delito, sino también a través de la grabación permanente de conversaciones mantenidas dentro de su domicilio privado con las personas que conviven con él. Esto es lo que en Alemania se llama «Grosse Lauschan-griffe», o «grandes escuchas» por contraposición a las llamadas «kleine Lauschan-griffe» que se referían sólo a las escuchas telefónicas o a conversaciones mantenidas fuera del ámbito de la privacidad domiciliar.

31. Este artículo no se refiere expresamente a las escuchas telefónicas, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ningún problema en incluirlas dentro de la cláusula genérica de su apartado 1 que se refiere a la «vida privada y familiar»; cfr. López Barja de Quiroga, El convenio, el tribunal europeo y el derecho a un juicio justo, Madrid 1991, p. 74, citando varias decisiones de este Tribunal (caso Huvig y caso Kruslin-Amas de 1990) en las que se dice expresamente que «las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave al respeto a la vida privada y a su correspondencia. Por tanto, deben basarse en una "ley" de una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece indispensable». Concretamente, la sentencia del Tribunal de 30 julio 1998 en el «caso Valenzuela contra España» dice que la ley que regule esta materia debe contener: «la definición de categorías de personas susceptibles de poder dar lugar a la medida; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para conservar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad» (transcrito en Armenta Deu, Lecciones de Derecho procesal penal, cit., p. 179. Cfr. también STC 18/2003, 23 octubre, anteriormente citada).

32. Para más detalles sobre estas sentencias véase Muñoz Conde, Valoración de las grabaciones audiovisuales cit., p. 49-53.

33. Véase el trabajo de Leite, a. cit.

34. Véase, por ejemplo, Francesco Caprioli, Colloqui riservati e prova penale, 2003; Pansini, La disciplina delle intercettazioni di comunicazioni nei paese della communita europea, en El mismo, La rassegna inquisitoria, 2002, p. 1 ss.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

Efectivamente, pronto se advirtió que los grandes y más peligrosos delincuentes, sabiendo que sus conversaciones telefónicas podían ser grabadas procuraban evitarlas y hacer comentarios que les pudieran comprometer. Por tanto, era más seguro reunirse con los compinches en su propio domicilio, y hablar sin rodeos con ellos, o con sus parientes o allegados sobre los delitos cometidos o por cometer, sin miedo a que ello pudiera ser escuchado por la policía y utilizado como prueba en su contra. Por eso, la policía y demás instituciones encargadas de la persecución del delito, pronto advirtieron también que era mucho más eficaz emplear otras técnicas más sofisticadas de escucha de las conversaciones mantenidas por el sospecho en el interior de su domicilio, sin ni siquiera recurrir para ello a la autorización judicial. Pero alguna jurisprudencia, sobre todo en Alemania, empezó a considerar que este tipo de «grandes escuchas» no entraban dentro de la regulación que se había acordado para las escuchas telefónicas, y por tanto, se negó a admitir las pruebas que se le presentaban obtenidas por espionaje acústico del domicilio privado, alegando que ello representaba una lesión del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, por atentar al «ámbito esencial de configuración de la vida privada». Así, por ejemplo, Tribunal Supremo alemán se había ocupado ya de un caso en el que la escucha se hacía a través del teléfono, pero no era una conversación telefónica. Se trataba de una conversación entre el sospechoso y su esposa en el domicilio privado en la que aquél le daba detalles sobre el delito que había cometido. Esta conversación fue escuchada por la Policía, que con autorización judicial tenía interceptado el teléfono, porque el sospechoso después de hablar con alguien lo había dejado inadvertidamente descolgado. Es decir, no fue la conversación telefónica como tal, sino la mantenida con la esposa, pero captada a través del teléfono dejado inadvertidamente descolgado, la que finalmente se utilizó para acusar al sujeto del delito que había confesado a su esposa. El Tribunal supremo alemán consideró que la autorización judicial sólo se dio para escuchar la conversación telefónica como tal, y no para otro tipo de conversaciones mantenidas en el ámbito privado, y que esa escucha suponía una invasión de la intimidad domiciliaria no cubierta por la autorización de la escucha telefónica.

Otro caso relevante es uno en el que se grabó una autoinculpación mediante engaño, es mencionado por Roxin³⁵. Se trataba de la grabación de una conversación realizada no a través de una escucha telefónica, sino por un agente policial encubierto introducido en la celda del acusado que le sonsacó datos que luego se utilizaron para inculparle. Aquí se podía discutir si la celda de una cárcel donde el sospechoso convive con otros detenidos, podía considerarse como una parte de la intimidad y la conver-

sación que éste mantenía con el agente encubierto podía estar amparada por el derecho a la intimidad y, por tanto, no poder ser valorada como prueba por haber lesionado este derecho fundamental. Pero como ya hemos señalado anteriormente, en éste caso lo que hay es una infracción clara del principio *nemo tenetur*, y, en consecuencia, la conversación así grabada por un agente policial encubierto no podía ser valorada como prueba, pues como indica Roxin, «cuando un policía es llamado al lugar de comisión de un delito y allí mismo interroga al imputado de haberlo cometido, sin haberlo instruido sobre su derecho a permanecer callado, esa declaración, según la jurisprudencia alemana actual, sin lugar a dudas, no puede ser valorada. ¿Cómo puede ser entonces admisible que el policía no sólo renuncie a la instrucción, sino que, encima, oculte también su identidad oficial y por medio de una predisposición fingida a prestarle ayuda, como supuesto enemigo de la Policía, le sonsaque al imputado información sobre el delito?»³⁶.

Excurso 1: La nueva regulación alemana de las «escuchas domiciliarias»

En todo caso, y al margen de estas sentencias puntuales, el «espionaje acústico» domiciliario, fuera de los casos estrictamente reglamentados de las escuchas telefónicas, siempre se consideró en Alemania que no podía admitirse como prueba por quebrantar el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn. Para obviar este inconveniente, en 1998 el legislador alemán, tras arduas discusiones tanto en los medios de comunicación, como en el ámbito político y parlamentario³⁷, aprobó una modificación de la Ley Fundamental, que añadió al art. 13 dos párrafos en los que se admitía excepcionalmente esta posibilidad, introduciendo posteriormente en la Ordenanza Procesal Penal unos preceptos que regulaban la forma en que dicho «espionaje acústico» tenía que llevarse a cabo. Ante la enorme controversia y oposición suscitada por estas reformas, un grupo de parlamentarios planteó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, que en su sentencia de 3 de marzo del 2005, si bien admitió, con el voto en contra de dos Magistradas, que la reforma de la Constitución era conforme con la misma, la de la regulación introducida en la Ordenanza Procesal Penal tenía que ser modificada, limitando la admisibilidad de semejantes escuchas a «delitos especialmente graves», con una pena máxima superior a cinco años, y dejando a salvo un ámbito nuclear de configuración privada de la vida absolutamente intangible, en los casos en los que las escuchas captaran conversaciones que nada tuvieran que ver con los deli-

35. Véase Roxin, en La evolución de la política criminal, cit., p. 147.

36. Roxin, en Homenaje a Maier cit., p. 437.

37. Una recopilación de todo este material se encuentra en el libro *Der grosse Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht, Verfahren, Nachspiel und Presse-Echo*, editado por Thomas Vormbaum, con la colaboración de Martin Asholt, 2005.

tos de referencia. El Tribunal Constitucional exigía sobre todo que la regulación legal mantuviera el «reconocimiento de la protección absoluta de un ámbito esencial en la configuración privada de la vida».

Tras esta sentencia, el legislador introdujo con una «Ley sobre la vigilancia acústica de la vivienda» de 24 de mayo del 2005, los parágrafos 100 c-100 e StPO) en la Ordenanza procesal penal, en los que se contiene una completa regulación de esta materia, adaptada a las indicaciones formuladas por el Tribunal Constitucional Federal.

Ya vigente esta nueva regulación, el Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 10 de agosto del 2005 (BGHSt 50, 206 ss. Primer Senado), consideró que no podía valorarse como prueba la grabación de un soliloquio del acusado en su habitación del Hospital, en el que éste decía en voz alta: «debería haberla matado pegándole un tiro en la cabeza», porque dicha grabación suponía una intervención en el «ámbito esencial de configuración de la vida privada protegido por el art. 13 I de la Ley Fundamental en relación con los apartados 1 y 2 del art. 1 del mismo cuerpo legal», por más que en el momento de la grabación sólo estaba en la habitación del Hospital el paciente que hablaba consigo mismo.

Desde luego, esta sentencia se puede considerar una aplicación directa de lo que el Tribunal Constitucional había dicho respecto a la protección del «ámbito esencial de configuración de la vida privada». Pero también puede considerarse que hubo aquí una violación de la prohibición de autoincriminación, porque de algún modo la policía estaba consiguiendo cómodamente a través de la grabación una autoinculpación sin tener que advertir al sospechoso de tener derecho a permanecer en silencio, o de que lo él creía que nadie estaba escuchando estaba siendo objeto de una grabación que se iba a utilizar contra él para incriminarlo en un proceso penal. Esta vinculación entre ambas prohibiciones ha sido ya señalada por Roxin³⁸, y en la doctrina en lengua española por el Magistrado del Tribunal Supremo español, Enrique Bacigalupo³⁹.

Desde luego, tales procedimientos, se corresponden mal con el principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*». Así, por ejemplo, en otro caso fallado por el Tribunal Supremo alemán en el que se admitió como prueba las anotaciones un diario íntimo no sólo fue criticado por

violar el derecho al «núcleo intangible de la intimidad», sino el derecho a no declarar contra sí mismo⁴⁰. Lo mismo sucede cuando se utilizan agentes encubiertos o confidentes que graban conversaciones con el presunto responsable (con el que, por ejemplo, conviven en la misma celda) y luego esas grabaciones se utilizan como pruebas en el proceso, pues está claro que en estos casos la Policía, o el agente estatal que sea, está incumpliendo su obligación de proporcionarle asistencia jurídica al sospechoso en su declaración y de advertirle a éste que todo lo que diga puede ser utilizado en su contra⁴¹.

Excurso 2: La relación entre derecho a la intimidad y derecho a la no autoincriminación en la STS de 1 de marzo de 1996.

Esta relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la no autoincriminación es también puesta de relieve en una STS de 1 de marzo de 1996, en la que paradójicamente en un caso de grabación de una conversación privada por uno de los interlocutores, sin conocimiento de los otros, se rechaza la prueba así obtenida en base a la lesión del derecho a la no autoincriminación, pero no en base a la lesión al derecho a la intimidad. Respecto a este segundo aspecto esta Sentencia (Ponente: José Antonio Martín Pallín) afirma:

«Dicha grabación no ataca a la intimidad, ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto.»

Tras esta afirmación, a mi juicio y por las razones ya dichas anteriormente, discutible, el TS alega, como apoyo a lo que acaba de afirmar, que «el contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado» (lo que plantearía entonces, añadido, el problema de la validez como prueba de la declaración de un coimputado contra otro coimputado⁴²); «o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el inter-

38. En Homenaje a Maier, lug. u. cit.

39. Cfr. Bacigalupo, El debido proceso penal, Buenos Aires, 2005, p. 69 y 73.

40. La sentencia sobre «el diario íntimo» fue recurrida al Tribunal Constitucional federal, y éste se dividió hasta el punto de que cuatro magistrados votaron a favor de la sentencia condenatoria y cuatro en contra (Véase BVerGE. 80/367). Pero la legislación alemana prevé que en caso de empate entre los magistrados del Constitucional se mantenga la sentencia recurrida, que había admitido la prueba basándose en que el sujeto había hecho unas anotaciones en su diario «íntimo» que reflejaban claramente el propósito que tenía de matar a su mujer. Para más detalles sobre la sentencia del Constitucional véase Amelung, Die zweite Tagebuchsentscheidung, en Neue Juristische Wochenschrift, 1990, p. 1753 ss.

41. En el mismo sentido, Roxin, ob. u. cit., p. 123 ss.

42. Sobre la dudosa admisibilidad desde el punto de vista constitucional del valor probatorio de la declaración de un coimputado contra otro coimputado, véase Muñoz Conde, La búsqueda de la verdad cit., p. 77 a 79, y lo dicho supra en nota 5.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

cambio de palabras entre todos los asistentes» (pero en ese caso, añadido, la cinta hubiera tenido que ser autenticada y llevada al juicio oral para pasar la intermediación y el análisis contradictorio de las partes).

Y de una forma bastante discutible dice esta sentencia, a mayor abundamiento, lo siguiente:

«cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.»

Desde luego, con este párrafo final de su Fundamento Jurídico, la STS hace una interpretación, que sería perfectamente posible en cuanto a la prueba testifical, aunque fuera como testigo de referencia, en la medida en que uno o varios de los intervinientes en la conversación declararan posteriormente en el juicio sobre lo que dijo otro, pero no en lo que se refiere a la grabación subrepticia que, admitida de forma general, deja prácticamente sin protección la intimidad de una conversación o cualquier otra comunicación verbal. En este Fundamento se viene a decir más o menos que «cuando un sujeto habla con otra persona, asume el riesgo de que sus palabras pueden ser grabadas». Esto puede tener sentido cuando se hacen declaraciones en un lugar o en unas condiciones (bar, restaurante, calle, conferencia, etc.) en las que ciertamente además del interlocutor pueden escuchar las palabras cualquier otra persona⁴³; pero no cuando se pronuncian en la intimidad y en relación directa con una persona o personas únicos destinatarios de las mismas; y mucho menos cuando se trata de conversaciones mantenidas con un profesional (abogado, médico, psicólogo), cuya revelación por parte de éste constituye además el tipo agravado de revelación de secreto profesional recogido en el art. 199 del Código penal. ¿Se imagina alguien que el profesional abogado o médico pudiera grabar la conversación con su cliente y que luego ésta se pudiera utilizar como prueba en un proceso penal? Carece, a mi juicio, de sentido convertir en delito la grabación ilegal de una conversación privada y decir luego que el interlocutor cuyas palabras han sido grabadas ilegalmente por el destinatario de las mismas tiene que asumir el riesgo de que la grabación sea utilizada como prueba contra él. Si prosperase la interpretación que propone en este caso el TS, adiós privacidad de las conversaciones entre particulares, adiós intimidad de las

conversaciones telefónicas. Atención miembros de Consejos de Administración, cuidado con lo que digáis en alguna reunión en el seno del mismo, si alguien os graba podrá usar vuestras palabras, dárselas a la prensa, etc., revelando incluso datos económicos sobre el estado de la empresa, su estado financiero, sin incurrir por ello en la menor responsabilidad penal. Cuidado, también enamorados que tenéis relaciones íntimas con vuestros amantes, sabed que éstos pueden grabar impunemente vuestras pasiones y caprichos eróticos, cuando las manifestéis verbalmente. La prensa amarillista o la llamada del corazón estarían de enhorabuena si, sin ningún problema, pudieran publicar las conversaciones grabadas por alguien que consiguió hablar con el personaje famoso utilizando algún tipo de ardid y sonsacándole datos que luego se pretendan utilizar como prueba en un proceso penal contra el famoso personaje. Y lo mismo habría que decir y admitir, si se sigue lo que dice el TS en el Fundamento Jurídico de esta sentencia, cuando además de las palabras se graban también la imagen del que habla, quedando así también desprotegidas penalmente situaciones como la del periodista filmado en sus caprichos eróticos.

Sin embargo, que ello no es así, o por lo menos que no puede admitirse como doctrina general aplicable a todos los casos, lo demuestra el art. 197.1 del Código penal español vigente (y el 497 bis del anterior) que castiga, con razón, tanto la grabación de las palabras, como la de la imagen de una persona en sus actividades privadas, salvo que se den supuestos excepcionales de autorización judicial que la hayan autorizado. A la vista de lo que dice el art. 197.1 del Código penal, está claro que es grabación ilegal toda aquella en la que se emplea algún medio técnico que recoja el sonido y/o la imagen de alguien sin su consentimiento. El TS sólo puede tener razón en lo que se refiere a conversaciones no grabadas, bien percibidas directamente por uno de los interlocutores (que luego puede testificar sobre el contenido de las mismas), bien indirectamente, de manera fortuita por encontrarse en las cercanías, o incluso por escuchar detrás de la puerta de la habitación en la que se está hablando. Pero en este caso, ya no se trata de admitir como prueba una grabación (ilegal), sino de admitir y valorar como tal la declaración de un testigo que oyó la conversación.

Pero independientemente de este razonamiento, lo más curioso de esta sentencia es que después de lo dicho res-

43. Y aún así ello es también discutible; cfr. la sentencia del Tribunal Superior de Cantabria de 25 abril 2003 (recogida en La Ley, 12 diciembre 2003), en la que se confirma la validez de la expulsión de un Concejales del Salón de Plenos del Ayuntamiento decretada por el Alcalde y ejecutada por la Fuerza Pública, por utilizar una grabadora durante una de las sesiones. En este sentido, recuerdo que en unas pruebas orales en un concurso para la provisión de unas plazas de profesores de Derecho penal, uno de los miembros del Tribunal se llevó una grabadora para grabar la exposición de los concursantes y así, decía, tener después mejores elementos para juzgar el nivel demostrado por cada uno de ellos. El procedimiento, aparte de ridículo, me parece jurídicamente cuestionable, porque aún tratándose por definición de un acto público, que puede ser, por tanto, presenciado por cualquier persona que en ese momento se encuentre en la sala, la utilización posterior de lo grabado e incluso la posibilidad de que la grabación pudiera ser escuchada por otras personas distintas a los miembros del Tribunal, lesionaba gravemente la intimidad de los concursantes.

pecto a la licitud de las conversaciones privadas grabadas por uno de los intervinientes, afirma respecto a su valor probatorio lo siguiente:

«No obstante y de manera clara y terminante la Sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación.»

Y todavía dice más:

«El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que si ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora de acuerdo con esta doctrina proclamada expresamente prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar a y no confesarse culpable.»

Es decir, y en definitiva, lo que esta sentencia viene a afirmar, por un lado, la admisibilidad como prueba de la grabación de la conversación obtenida sin consentimiento de uno de los intervinientes en la misma; lo niega por otro, al rechazar esta prueba por violar el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Algo que, como ya hemos visto, ya ha señalado Roxin⁴⁴, cuando afirma que este tipo de procedimiento viola el principio «nemo tenetur se ipsum accusare» y que también Bacigalupo ha puesto de relieve en la doctrina española⁴⁵. De un modo u otro, de lo que se trata es, pues, de rechazar como prueba un dato que se ha obtenido de una forma que claramente lesiona un derecho fundamental; careciendo de interés desde el punto de vista práctico que ese derecho sea el derecho a la intimidad (lo que rechaza el TS en esta sentencia), o el derecho a no declarar contra sí mismo (que el TS admite).

Desde este punto de vista, la prohibición de valoración de las escuchas telefónicas, de las domiciliarias, e incluso de las conversaciones privadas grabadas por alguno de los intervinientes en las mismas, puede tener una trascendencia distinta. No se trata ya sólo, por tanto, de una protección más o menos estricta del derecho a la intimidad, se trata también y sobre todo del derecho a que no

se utilicen estos procedimientos para conseguir que alguien pueda ser indirectamente inducido a declarar o suministrar pruebas contra sí mismo cuando se expresa en el ámbito privado de una conversación o en el más estricto de su intimidad. Cuando se trata de injerencias por parte del poder estatal o de sus representantes, ya hemos visto que el legislador o, en caso de defectuosa regulación legal, los propios Tribunales de Justicia siguiendo las directrices de los tribunales Internacionales y Constitucionales han elaborado una serie de pautas muy estrictas que van desde el control judicial tanto en la decisión de permitir la escucha, como en el seguimiento y valoración de la misma, hasta su restricción a delitos muy graves, salvando así el principio de proporcionalidad. Una película tan impresionante como la alemana «La vida de los otros» («Das Leben der anderen»), basada en hechos reales, que reflejan la práctica de vigilancia continua de la vida privada a la que sometía el Gobierno de la antigua República Democrática Alemana a sus ciudadanos, demuestra hasta que punto estas limitaciones y precauciones son necesarias para evitar que, con el pretexto que sea, los Gobiernos se conviertan en «el Gran Hermano» siempre avizor y siempre dispuesto a inmiscuirse en los ámbitos más íntimos de los particulares. Lo mismo podría decir hoy de las intromisiones en el ámbito privado que permite la Patriot Act que aprobada por el Congreso de los Estados Unidos tras el atentado del 11 de diciembre (control de los usuarios de las bibliotecas, del correo informático, de la correspondencia, etc., directamente por agentes gubernamentales, sin control judicial).

V. Especial consideración de las grabaciones realizadas por particulares

Hasta aquí hemos visto el problema de las ingerencias en el derecho a la intimidad y en el principio *nemo tenetur* desde el punto de vista de las grabaciones realizadas por los representantes del poder estatal. Pero ¿qué sucede cuando no es el Estado a través de sus representantes, sino el particular el que realiza esas actividades de escucha y grabación de la voz y/o imagen de otro particular bien a través de la grabación de conversaciones telefónicas, bien instalando sistemas de escucha y grabación permanentes en la vivienda? ¿Puede permitirse sin más y valorarse como prueba los datos así obtenidos?

Ya hemos visto que la STS 1 marzo 1996 rechaza esta posibilidad, no en base al derecho a la intimidad, sino en base al derecho a la no autoincriminación. Pero sin entrar ahora en más detalles de si también en este caso se dio o no una vulneración del derecho a la intimidad, creo que en este tema hay que hacer una distinción fundamental que ya he expuesto en un trabajo monográfico que dediqué al

44. Cfr. Roxin, en La evolución de la política criminal, citada en nota 10, p. 104.

45. Véase Bacigalupo, lug. cit. en nota 39.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

tema⁴⁶, que diferencia según si el particular que realiza la grabación lo hace de algún modo porque busca obtener una prueba de un delito del que está siendo víctima, o por el contrario la hace con ánimo de chantajear a la persona cuya conversación graba o con cualquier otro propósito delictivo. Esta distinción me parece obvia tanto desde el punto de vista de su licitud jurídico material, como desde el punto de vista de su posible validez probatoria. Por lo que, con algunas variaciones, me permito reproducir lo que ya he dicho antes en relación con este tema⁴⁷:

a) Supuestos en los que el particular que realiza la grabación está siendo víctima de un delito

Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre (ponente: Díez Picazo), que fue la primera que, ya en la etapa democrática española, se ocupó de la validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, se enfrentó con un caso de este tipo, si bien no se trataba exactamente de un delito contra los intereses del que realizó la grabación, sino de una infracción laboral que motivó un despido. Efectivamente, en una conversación telefónica con un representante de una empresa de medios de comunicación del Estado el demandante en el recurso de amparo había hecho unas declaraciones que fueron grabadas por el representante que las utilizó para en base a ellas despedirlo. El Tribunal Constitucional, después de varias consideraciones sobre si el problema debía ser enfocado como una lesión directa del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.3 de la Constitución, o como una vulneración del derecho también fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 del texto constitucional, y tras exponer la situación del tema en el derecho comparado, con alusiones al derecho anglosajón, francés e italiano, llega a la conclusión de que, a la vista de la fal-

ta (en aquel entonces) de un precepto legal específico que regule este tema, debía aplicarse directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales, estimando, finalmente, que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no fue violado en el presente caso y, por tanto, confirmó la validez del despido y de las sentencias de los tribunales laborales que lo habían confirmado. Pero antes que nada debe advertirse que este razonamiento se hace en base a una interpretación del derecho vigente en el momento en que se produjeron los hechos, que no tipificaba penalmente todavía las escuchas telefónicas y las grabaciones ilegales mediante empleo de artificios técnicos, delito que se creó poco antes de la fecha en que se dictó esta resolución. Por eso podía decirse entonces que «quien graba una conversación con otro no incurre, *por este sólo hecho*, en conducta contraria al precepto constitucional citado». Pero inmediatamente después de decir esto, el Tribunal es consciente de que en aquel momento se acababa de introducir en el Código penal el delito de escuchas telefónicas y grabaciones ilegales (art. 497 bis), y entonces, equivocadamente, a mi juicio, dice que este nuevo delito «se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los (as) mismos (as) se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada»⁴⁸.

Desde luego, no es esta la interpretación que, a mi juicio, había que hacer del art. 497 bis introducido en el Código penal anterior por Ley Orgánica 7/1984, de 15 octubre, ni la que se debe hacer ahora del art. 197.1 del vigente Código penal⁴⁹. Tanto entonces como ahora, he mantenido que la grabación por parte de los interlocutores de una conversación o de un acto de la intimidad, sin el consentimiento del otro protagonista, constituye el delito de grabación escucha ilegal, siempre que se den los demás elementos que configuran la tipicidad de este delito⁵⁰.

46. Véase Valoración de las grabaciones audiovisuales cit., p. 73 ss. Esta monografía que, con Prólogo de Tomas Vivés, ha alcanzado ya dos ediciones en la editorial Hammurabi, Buenos aires (2.ª ed. 2007), fue publicada originariamente como artículo en España, en Revista Penal, 2004, y luego con algunas pequeñas modificaciones en Méjico (en Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales, INACIPE, núm. 7, 2006, p. 37 a 94), en Argentina (en Homenaje a Julio Maier cit.) y en Portugal (en Lusiana, Serie II, n. 4/5, 2007, Universidade Lusiana, Direito, Lisboa, p. 31 a 76).

47. Véase mi trabajo La valoración de las grabaciones, a. cit.

48. Cuando se cita la STC 114/84 como contraria a considerar que la grabación realizada por particular de las conversaciones mantenidas con otro particular sea considerada ilícita e incluso delictiva y se admite, por tanto, que se puede valorar como prueba, se olvida, se pretende olvidar, simplemente se ignora que esta afirmación del alto Tribunal, además de que se refería a un proceso laboral de despido y no a un proceso penal, enjuicia un caso que se dio en un momento en el que todavía no estaba tipificada en el Código penal la interceptación de las conversaciones telefónicas y la escucha o grabación mediante empleo de artificios técnicos de conversaciones privadas. Ignorar este dato es una grave laguna informativa que a veces se suele observar en algunos autores que la citan descontextualizada del momento en el que se pronunció.

49. Dice así este precepto: «El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses»

50. Cfr., por ejemplo, Muñoz Conde, Derecho penal, Parte especial, 6ª ed., Sevilla 1985, p. 133, y el mismo, Derecho penal, Parte Especial, 16ª ed., Valencia 2007, p. 264: «Especial dificultad encierra aquí el consentimiento como causa de justificación en aquellos ca-

D o c t r i n a

Por lo que respecta a las grabaciones de imágenes, ello ha quedado claro en la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid 31 julio 2002. Se trataba de un caso, en el que el director de un importante periódico de alcance nacional fue grabado, sin saberlo, mientras hacía el amor con una prostituta que había previamente conectado una cámara de video dispuesta al efecto. Naturalmente, nadie duda de que se trataba de un atentado delictivo contra la intimidad del citado periodista, castigado en el art. 197.1 del Código penal. En este caso el consentimiento de uno de los protagonistas del acto sexual, no destifpica ni justifica la grabación realizada bien por él mismo, y mucho menos la llevada a cabo por un tercero ajeno al acto. La opinión contraria supondría dar rienda suelta al chantaje y reduciría el derecho a la intimidad, sobre todo cuando la grabación, como sucedió en este caso, se comunica además a terceros, que igualmente, aunque no hayan intervenido en la misma realizarían el tipo cualificado que tanto para el que graba y luego comunica la grabación a terceros, como para estos terceros que la difunden, prevé el apartado 3 del art. 197, que impone una pena de prisión de dos a cinco años para el graba y difunde la grabación, y de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses para el tercero que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta de difusión.

El problema a mi juicio es otro. No se trata de si la grabación de una conversación o de un acto íntimo por uno de los interlocutores sin consentimiento del otro, puede realizar el tipo del art. 197.2 del Código penal, lo que, a mi juicio, está fuera de duda, pues evidentemente tanto a nivel constitucional (art. 18.1 y 3 CE), como en el art. 197.1 del Código penal, se equiparan a los efectos de

su reconocimiento como derecho fundamental y a los de su protección jurídico-penal el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad⁵¹, sino de si, en algún caso, excepcionalmente, puede esta conducta quedar amparada por una causa de justificación, que tratándose de un particular puede ser el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho. Desde luego, éste puede ser el caso, cuando el que graba pretende con la grabación defender sus legítimos derechos, sobre todo si está siendo víctima de un delito y con la grabación puede ayudar a la identificación del autor y a su castigo. O también cuando la que se graba es un delito grave en el que la víctima es un ser indefenso (por ejemplo, abuso sexual de un menor), o se puede prevenir la comisión de un delito grave en el futuro.

En general, creo que se puede decir que, cuando el que graba un hecho delictivo grave o del que está siendo víctima (de injuria, de chantaje, amenazas, etc.), la grabación está justificada y que, con las garantías procedimentales pertinentes, puede utilizarse como prueba. Esto es lo que creo sucedió en la sentencia, tantas veces citada y no muchas veces correctamente entendida, del STC 111/1984, en la que ciertamente no se trataba de un proceso penal, sino laboral, en el que se tenía en cuenta que el empresario que utilizó la cinta para justificar el despido estaba legítimamente defendiendo sus intereses, en la medida en que el contenido de la conversación grabada podía afectarlos negativamente, y, en consecuencia, la medida de despido podía considerarse proporcionada a la entidad del daño que se le producía. Y precisamente, por lo contrario, porque no se trataba de una defensa de los intereses legítimos de la empresa, sino de un gesto desproporcionado

En los casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación o al acto de intimidad. En este supuesto, el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaría el hecho e incluso cabe coautoría o participación punible del interviniente en la conversación o en el acto íntimo que consiente en su grabación si comunicárselo a los demás». En el mismo sentido, Rebollo Vargas, en Comentarios al Código penal, Córdoba Roda y García Arán, (directores), 2004, tomo 1, p. 462 ss., quien cuestiona también el valor probatorio de la grabación subrepticia. Ésta es también la opinión dominante en la doctrina alemana, para una exposición del estado de la misma, véase Samson, en Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, comentario al parágrafo 201, núm. marg. 24 (edición por entregas, aquí se cita una de 1980). Para una exposición del estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia alemanas, véase Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht, 1995.

51. En efecto, en el art. 18 de la Constitución española se reconoce en su apartado 1, entre otros, «el derecho a la intimidad», y acto seguido, en el apartado 3, entre otros, «el secreto de las comunicaciones». Luego en el art. 197.1 del Código penal se castiga al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», realice determinadas acciones descritas en ese y otros apartados del mismo artículo y los siguientes. Y ello se hace bajo la rúbrica genérica en el capítulo I del Título X «Del descubrimiento y revelación de secretos», en la que naturalmente de forma genérica la doctrina española dominante entiende como bien jurídico protegido el «derecho a la intimidad», entendido tanto en un sentido negativo, como un derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada (como pueden ser la observación o filmación de unas relaciones sexuales) (secreto en sentido estricto); y también como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso los ya conocidos. Este segundo aspecto es el que permite considerar, por ejemplo, como descubrimiento de «secreto», y, por tanto, como delito contra la intimidad, la apertura de una carta por una persona distinta a su destinatario, aunque en la carta se diga simplemente que «ayer hizo mucho frío en Sevilla», o la lectura de un mensaje electrónico de contenido irrelevante, etc. El Tribunal supremo español ha estimado generalmente que el hecho de encontrarse una carta cerrada y abrirla y leerla constituye este delito, aún cuando lo que en ella se diga no pueda considerarse secreto en sentido estricto. De la misma opinión también la doctrina dominante [véase, por ejemplo, Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial, 16.ª ed., cit. p. 258 y s., 262; Morales Prats, en Quintero Olivares (director), Comentarios al Código penal, 4.ª ed., 2005, p. 1051: «El artículo 18 CE acoge un concepto amplio de intimidad»; Rebollo Vargas, en Comentarios al Código penal, Córdoba Roda y García Arán (directores), cit., tomo 1, p. 451].

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

de control por parte de la misma hacia la intimidad de los trabajadores (croupiers, cajeros, etc.) con el pretexto de dar un plus de seguridad frente a eventuales reclamaciones de los clientes, el TC en sentencia 98/2000, 10 abril, consideró que la instalación y puesta en funcionamiento en diversos lugares de un casino (zonas de juego) de un sistema de captación y grabación del sonido lesionaba el derecho a la intimidad de los trabajadores, «pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes». Sin embargo, cuando se lo que se trata es de proteger intereses legítimos del que hace la grabación, la sentencia del TC 186/2000, de 10 julio, vuelve a dar validez a la prueba videográfica aportada por la empresa en un proceso laboral de despido motivado porque, como atestiguan las grabaciones realizadas, naturalmente sin previa comunicación a los trabajadores, «el actor realizó de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. La investigación sobre las otras dos cajas puso de relieve irregularidades consistentes en que uno de los cajeros desprecintó en la caja unos calcetines y se los guardó, en tanto que otro de los cajeros desprecintaba en la caja y manipulaba prendas interiores femeninas, como consecuencia de una adicción fetichista reconocida por el autor de los hechos». En definitiva, no se puede hablar de una doctrina unánime del Tribunal Constitucional en esta materia, si no se tienen en cuenta las particularidades del caso concreto. Por eso, en algún caso se ha pronunciado a favor de la validez de la prueba de la grabación, aplicando el mismo principio de proporcionalidad, ha considerado, por ejemplo, que el tribunal laboral al valorar la prueba videográfica y declarar en base a ella procedente el despido, había «ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa había respetado en el presente caso el derecho a la intimidad del solicitante de amparo»⁵², y otras veces en un caso similar ha negado validez a esa prueba, porque por aplicación de ese mismo principio de proporcionalidad le daba más importancia a la intimidad de las personas afectadas por la grabación.

También claramente en la STS de 30 mayo 1995 (ponente: Delgado García) se ve que la razón fundamental de admitir como prueba la grabación de una conversación privada por parte de uno de los interlocutores es que el que graba está siendo víctima de un delito. En esta sentencia el supuesto de hecho era la petición de dinero que hacía un funcionario a un particular para mediar en un asunto de su competencia, es decir, un delito de cohecho. El TS considera que el delito de escuchas ilegales «no

puede referirse a hechos como el presente en que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito grabando la conversación que mantiene con un funcionario que le está extorsionando mediante la exigencia de una retribución»; y continúa diciendo el TS: «Si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y ss. LECrim.) ha de considerarse legítimo que el que vaya a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto al delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal».

Como demuestra la última de las sentencias que hemos citado, la admisión como prueba de una captación videográfica que revela actos de la intimidad personal es mucho más factible cuando el que realiza la captación se trata de la víctima de un delito. Pero también cuando alguien puede tener fundadas sospechas de que va ser víctima de un atentado a sus intereses. Así, por ejemplo, en la STS 28 octubre 2002, se admite como prueba la grabación obtenida por instalación llevada a cabo por una agencia de detectives privados «de un circuito de sistema cerrado de TV oculto consistente en dos mini-cámaras con dos objetivos especiales para cubrir las cajas registradoras existentes en el mostrador de venta al público», que captaron como la dependienta de una farmacia se apoderó de diversas cantidades de dinero. El detective privado que efectuó la filmación hizo entrega al Juez de Instrucción de las grabaciones originales, declarando luego como testigo. Posteriormente las cintas originales y una copia resumen fueron visualizadas en el Plenario por las partes y por el Tribunal que las valoró como prueba de cargo y condenó a la dependiente por el delito de hurto con abuso de confianza.

Ésta es también la causa principal de por qué se admite la instalación en establecimientos comerciales (grandes almacenes, bancos, etc.) de sistemas de grabación tanto de clientes, como de trabajadores en los lugares donde se realizan las transacciones comerciales y demás espacios abiertos al público. Pero la admisión como prueba de las grabaciones realizadas está condicionada al cumplimiento de otros requisitos, sin los cuales la grabación realizada sólo puede tener como máximo el valor de denuncia.

En relación con las cámaras de videos instaladas en los Bancos, para obviamente filmar e identificar a quienes puedan entrar en los mismos con objeto de llevar a cabo un atraco, la jurisprudencia lleva ya largo tiempo pronunciándose sobre el valor procesal que tienen estas grabaciones. En estos casos, la grabación videográfica realizada de manera automática por cámaras fijas instaladas al

52. El tema de si las empresas pueden controlar de un modo general datos de la intimidad de sus trabajadores, con la instalación de aparatos de grabación audiovisuales, o con el control de su correspondencia informática o incluso de su estado de salud, es bastante controvertido, véase al respecto, Morales García, La tutela penal de las comunicaciones laborales, en IURIS, Actualidad y práctica del derecho, núm. 54, octubre 2001, p. 48 ss.

D o c t r i n a

efecto, bien por prescripción legal o por iniciativa de la propia entidad bancaria, ha sido considerada como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio que recoge la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado, pero advirtiendo que «la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad» (véase STS 15 septiembre 1999, que cita además otras varias de 18 diciembre 1995, 27 febrero 1996, 5 de mayo de 1997 y 17 julio 1998). Es decir, la grabación en sí misma no es prueba, si no es exhibida en el juicio oral y analizada por las partes de acuerdo con los principios de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad, que son los que le dan su verdadero carácter de prueba. Este extremo es muy importante, porque de no llevarse a cabo esta visualización en el juicio oral, la grabación carece de toda eficacia probatoria. Así se ve claramente en la STS de 19 mayo 1999 (ponente: Ramos Gancedo), en la que en un caso de robo con intimidación, allanamiento de morada, detención ilegal y lesiones, el TS anula la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Lérida, en base a las siguientes consideraciones:

«pues resulta patente y definitiva la absoluta falta de control judicial en el proceso de gestación y obtención de esta prueba que, a la postre iba a constituir el elemento de cargo que fundamentara la condena del acusado. No fue el Juez de Instrucción quien dispuso la positivación de los fotogramas, ni seleccionó los que debían ser extraídos de la película para su incorporación a las actuaciones, sino que esa decisión y elección fue adoptada por los propios funcionarios policiales a su exclusiva y personal discreción. La cinta videográfica no se entregó a la autoridad judicial de inmediato, sino que trascurrieron casi siete meses hasta que la misma se recibió en el Juzgado. Y, por si esto fuera poco, no existe concordancia en autos de que la película videográfica fuera visionada en sede judicial a fin de comprobar si las fotografías proporcionadas por la policía con la imagen del rostro del acusado correspondían a esa filmación. Tampoco comparecieron al juicio oral los funcionarios que efectuaron la positivación, por lo que no fue posible a la defensa ejercer su derecho a la contradicción sobre el proceso de obtención de los dos fotogramas que se erigieron en la prueba de cargo para la condena.»

Queda, pues, claro que, como se deduce con claridad de esta sentencia, no es suficiente la mera constatación videográfica como medio de prueba si la misma no pasa por todos los controles procesales de validez que la convierten en verdadera prueba. Ésta es la diferencia principal, que muchos todavía desconocen, entre lo que puede ser un dato útil para una investigación policial y lo que después puede ser utilizado como medio de prueba. El Estado de Derecho impone unos límites y unas garantías, no bastando, por tanto, ni la buena fe de los investigadores, ni la constatación material de unos hechos, si estos no pasan luego por el tamiz mucho más estricto de la contradicción

e intermediación en el juicio oral. La independencia del Tribunal sentenciador, que, salvo algunos casos excepcionales de prueba preconstituida de los que aquí no podemos ocuparnos, debe obtener su convicción de las pruebas presentadas y practicadas en el juicio oral, se manifiesta cuando sólo a partir de las pruebas presentadas en juicio puede formar libremente la convicción a la que se refiere el art. 741 de la LECrim. Es decir, y para recordar la ya vieja sentencia del TC de 1981, para valorar libremente una prueba, lo primero y principal es tener una prueba que valorar, y como se ve claramente en el supuesto de hecho que sirve de base a la STS 19 mayo 1999, lo que el Tribunal sentenciador había valorado como tal no podía tener este carácter por no haber pasado los filtros procesales preceptivos.

Otro caso interesante de este tipo lo ofrece el conocido como el «caso padre Coraje». Se trataba de un robo con homicidio: atraco a una gasolinera en el que murió el empleado como consecuencia de las más de 30 puñaladas que le inflingieron los atracadores, que se dieron a la fuga tras apoderarse de unas 70.0000 pesetas). Tras el correspondiente juicio oral en el que figuraron como acusados de los terribles hechos varias personas, la Audiencia Provincial de Cádiz en su sentencia de 8 de febrero de 1999, estima que no puede proclamarse la autoría de ninguno de los procesados y, en consecuencia, aplicando el principio de presunción de inocencia, los absuelve. Hasta aquí, sin problemas. Un caso más en los que una mala investigación policial, una deficiente instrucción, la ausencia de testigos y de pruebas materiales como huellas dactilares, sangre, etc., que pudieran acreditar la identidad de los asesinos, determinaron la absolución de los que realmente nunca sabremos si fueron o no los autores o tuvieron alguna participación en el hecho. Sin embargo, lo que provocó una cierta conmoción es que el padre de la víctima había hecho por su cuenta sus propias investigaciones, y disfrazándose y conviviendo durante un cierto tiempo con personas del entorno de los que pudieron haber asesinado a su hijo, consiguió grabar algunas conversaciones con ellas en las que de forma indirecta se recogían rumores y se hacían alusiones personales y se daban nombres de posibles autores. No obstante, la Audiencia consideró que no debía admitir estas grabaciones como prueba, no ya sólo por su endeble contenido material probatorio, pues sólo recogían rumores y conversaciones en las que no se constata la autoría de nadie, sino «por las reservas y objeciones formales que a las mismas pudieran formularse (no fueran aportadas en sede de instrucción, ni tan siquiera antes de procederse al inicio de las sesiones y carecen de garantías de integridad y autenticidad)».

Planteado el correspondiente recurso de casación por la acusación particular por entender que con esta decisión se había vulnerado el derecho de prueba (la inadmisión de las cintas magnetofónicas grabadas por el padre), el TS en sentencia de 6 de julio 2000 (ponente: Conde-Pumpido), acordó anular la sentencia de la Audiencia de Cádiz y ordenar que se celebrara un nuevo juicio por un tribunal de

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

composición distinta al que dictó la sentencia impugnada. La decisión del TS tuvo dos votos particulares disidentes de los Magistrados Carlos Granados Pérez y Andrés Martínez Arrieta. No podemos detenernos en el análisis de esta sentencia, pero en relación con nuestro tema lo que interesa destacar es que dando, por supuesto, la justificación de las grabaciones llevadas a cabo por el padre de la víctima en un comprensible y loable intento por dar con los asesinos de su hijo, una consideración «pro víctima» que el Magistrado ponente de la sentencia del TS llama «sensibilidad probatoria» y que lleva incluso a admitir «la práctica de esta prueba con posterioridad al escrito de calificación, siempre que exista una causa justificada para ello y no implique ni un fraude procesal ni un obstáculo al principio de contradicción». Sin embargo, Cortés Bechiarelli, en comentario a esta sentencia⁵³, rechaza, con razón, esta argumentación considerando que la admisión de una prueba extemporáneamente propuesta y debilitada, además, por su propio proponente, sin ningún tipo de garantías de integridad y autenticidad, vulnera los principios básicos del Estado de Derecho. El caso fue de nuevo juzgado por otro Tribunal de la Audiencia de Cádiz, que en octubre del 2003 ha vuelto a absolver a los acusados por falta de pruebas. Una vez más, y a pesar de los loables intentos del padre de la víctima por esclarecer el asesinato de su hijo (que han motivado incluso un interesante film televisivo de Benito Zambrano), la formalización necesaria para que los mismos lleguen a tener el carácter de prueba de cargo ha impedido que puedan tenerse en cuenta para en base a ellos basar una condena que hubiera podido llegar para los acusados, si hubieran sido condenados, a los treinta años de cárcel.

De todo ello se deriva, que las escuchas o grabaciones videográficas llevadas a cabo por la víctima de un delito pueden ser utilizadas como pruebas, siempre que después sea comprobada su autenticidad y sean incorporadas al juicio oral, para ser sometidas a contradicción y a la valoración del juzgador.

Por supuesto, el mismo tratamiento hay que darle a los casos en los que el que realiza la grabación es un tercero que, de algún modo, incluso fortuitamente, actúa en beneficio de la víctima del delito. Así, por ejemplo, ningún problema hay en admitir como prueba, cumpliendo con

los requisitos procesales antes dichos, la grabación en video realizada por un tercero que pasaba casualmente por allí de una brutal paliza que le dan unos agentes de la policía a un individuo que al parecer se resistía a ser detenido⁵⁴. O la que hicieron los padres que grabaron subrepticiamente los malos tratos que una niñera inflingía a su hija pequeña, mientras ellos se encontraban fuera de la casa (sentencia de un Juzgado de lo Penal de Sevilla, mayo 2003). En este ámbito deben admitirse y valorarse en su caso como prueba también las *grabaciones que puedan realizar detectives privados*, encargados por un particular de investigar a quien pueda estar cometiendo algún delito en contra de sus intereses (cfr. STS 28 octubre 2003, antes citada). Sin embargo, las exigencias para darle el carácter de prueba a la grabación videográfica realizada por detectives privados en los procesos de carácter positivo, como el civil o el laboral, suelen ser menos estrictas. Ello explica que los arts. 265 y 380 de la Ley de Enjuiciamiento civil del 2000 les de el carácter de prueba, cuando son reconocidos por la parte contraria, y si no lo son deben ser complementados con la prueba testifical del detective privado que la efectuó (cfr. sentencia Audiencia Provincial de Sevilla 16 enero 2002: se admite la prueba videográfica realizada por un detective privado de que el sujeto que reclamaba una mayor indemnización a la compañía de seguros no tenía la secuela que alegaba; y sentencia Audiencia Provincial de Guadalajara de 19 junio 2003: prueba videográfica de que un inquilino no habitaba la casa arrendada, por lo que fue desahuciado).

b) Supuestos en los que el particular que realiza la grabación no actúa justificadamente, la grabación es en sí misma delictiva o incluso la realiza para cometer otros delitos.

Como ya hemos dicho, cuando la escucha o grabación ilegal no tiene ninguna justificación y el sujeto que la hace para divulgar secretos o datos de la intimidad del particular cuyas palabras graba inadvertidamente en el curso de una conversación privada o telefónica, para chantajearlo o para obtener alguna prueba de hechos no delictivos, pero considerados socialmente inmorales (adulterio, homosexualidad, etc.), es directamente aplicable el delito previsto

53. Temporalidad y admisibilidad de la prueba en el proceso penal (a propósito de la sentencia del «padre coraje»), en El Derecho, Diario Jurisprudencial, 2 octubre 2000. Véase también Alcorta Pascual, Validez como prueba de grabaciones magnetofónicas privadas (caso Padre Coraje), en la Ley Penal, abril 2004.

54. Como sucedió en Los Ángeles en el «caso Rodney King», cuando la madrugada del 3 de marzo de 1991 unos policías para reducir a Rodney King que durante horas había conducido su auto a gran velocidad, sustrayéndose a la persecución policial, una vez que éste se detuvo lo golpearon repetidas veces en todo el cuerpo con fustas, patadas, puñetazos mientras estaba tendido en el suelo, causándole lesiones de diversa consideración. En el primer juicio contra los policías, éstos fueron absueltos precisamente en base a una valoración del video en el que se había grabado la paliza que hizo un «experto» policial ante el Jurado, según la cual los policías actuaron correctamente empleado la violencia que en esas circunstancias era necesaria para reducir a Rodney King. El escándalo y las protestas que provocó tal resolución en mayo de 1992, obligó a la celebración de un nuevo juicio, esta vez en el ámbito de la Justicia federal, entendiéndose que en la actuación de la policía había habido motivos racistas (Rodney King es de raza negra). En este segundo juicio los policías fueron condenados, si bien a penas bastante suaves (véase Fletcher, Las víctimas ante el jurado, Valencia 1996, p. 63 ss.).

D o c t r i n a

en el art. 197 del Código penal, incluso en su modalidad cualificada del apartado 3, aplicable también a los meros divulgadores que no tuvieron parte en la grabación. Diariamente vemos como la prensa amarilla, o la del corazón u otros medios de comunicación incluso pretendidamente serios, revelan datos, fotos íntimas, videos y conversaciones privadas de personajes conocidos, políticos, artistas famosos, deportistas, etc., obtenidas mediante la utilización sistemas de grabación instalados ilegalmente en sus propios domicilios, o suministrados por personas de su entorno, personal de servicio, que hacen de esta manera incluso un buen negocio vendiendo estos datos a los citados medios. No cabe duda de que esto ha llegado ya a unas cotas realmente vergonzosas, que solo una muy discutible «adecuación social», o la propia indiscreción de los protagonistas (que a veces venden también sus intimidades o sacan alguna ventaja o publicidad de las mismas), hacen que en la mayoría de los casos estos evidentes atentados al honor, a la intimidad o a la propia imagen no se persigan penalmente, o no den ni siquiera lugar a una demanda civil al amparo de la Ley de protección a estos derechos. Pero de lo que aquí se trata ahora es de saber hasta que punto estos datos pueden ser utilizados aportándolos tal como se exhiben en los medios de comunicación como prueba de, por ejemplo, un adulterio en un proceso de divorcio, de paternidad en un proceso de filiación, o incluso de un hecho delictivo de los que suelen darse en el ámbito de la privacidad (malos tratos familiares, aborto, abusos sexuales de menores, donación y consumo compartido de drogas ilegales), y sobre todo de que esto lo pueda hacer impunemente alguien que incluso ha participado en esos hecho o ha sido incluso coautor de los mismos. Antes poníamos el caso del periodista, cuyas relaciones sexuales más o menos anómalas con una prostituta fueron filmadas por ésta (o por algún colaborador que se ocultaba en un armario) y posteriormente entregadas previo pago de una importante suma de dinero a terceros, que las divulgaron. Conforme a la tesis aquí mantenida respecto a la interpretación del delito tipificado en el art. 197.1 y 3 del Código penal, no cabe duda de que tanto la prostituta, como las otras personas que pudieron intervenir en la grabación, como las que compraron esas imágenes y las divulgaron, cometieron este delito. Pero lo que aquí se plantea es si, por ejemplo la mujer del citado periodista podría haber utilizado esta grabación como prueba en un proceso de divorcio, o si la Policía o un Juez hubieran podido utilizar grabaciones o fotos similares como prueba de algún delito que hubiera podido cometer pagando, por ejemplo, los servicios de la prostituta con droga, o si ésta hubiera sido menor de edad (véase, por ejemplo, sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla 25 marzo 1994: «caso Duque de Feria», ponente: Gil Merino. En esta sentencia no se planteó, sin embargo, el problema de la admisibilidad de esta prueba como única prueba de cargo, porque de todos modos los hechos

quedaron probados a través de otros medios de prueba, sobre todo con la prueba testifical).

La respuesta a este problema no es fácil, porque como ya hemos visto, existe en estos casos un conflicto entre dos intereses contrapuestos: la intimidad del sujeto violada de esta manera y, en el caso de prueba de la comisión de un delito, el interés en la persecución y castigo del mismo. Pero lo que no cabe duda es que de si se admitiera de forma general la validez de estas pruebas obtenidas por un particular, cometiendo el delito previsto en el art. 197, no sólo se volatizaría la protección penal del bien jurídico protegido en este delito: la intimidad, sino que se abriría la puerta a la práctica masiva del chantaje, lo que por lo demás se suele dar frecuentemente en relación con actos de la intimidad. Adulterio (de la mujer) y homosexualidad (masculina) han sido fuente permanente de chantaje durante mucho tiempo, sobre todo en épocas donde además de forma directa o indirecta estos hechos eran constitutivos de delito⁵⁵, o en todo caso motivo de rechazo o reprobación social. Para acabar con este tipo de chantaje, bastante frecuente por lo demás y que queda la mayoría de las veces en la impunidad, el Código penal en su art. 171, apartado 3 dice que «si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados». De este modo se anima a la víctima de un chantaje, que puede estar basado en que ha cometido un delito, a que denuncie al chantajista, ofreciéndole incluso la más absoluta impunidad si el delito que hubiera cometido y por el que está siendo chantajeado tiene una pena de prisión inferior a dos años, y en todo caso una sustancial rebaja de la pena en uno o dos grados, si el delito por el que fuese chantajeado tuviese pena superior.

Esta magnanimidad del legislador español para con la víctima del chantaje que se atreva a denunciar al chantajista, nos debe también llevar a plantearnos si las pruebas en las que se base el chantaje (fotografías, conversaciones telefónicas, videos, etc.) pueden ser utilizadas, cuando además su obtención se debe a la comisión de un delito de escuchas o grabaciones ilegales previsto en el art. 197. En mi opinión, también en estos casos debe aplicarse el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en el caso relatado por Roxin, en el que uno de los hombres de negocios graba la conversación con otro en la que se habla de incendiar un edificio y luego entrega como prueba la grabación a la policía, la gravedad de este delito, permite admitir esta prueba y valorarla como prueba de cargo. Sin embargo, las grabaciones en las que se recoge la prueba de un perjurio o de un delito de calumnia, son rechazadas por

55. Véase Muñoz Conde, Prólogo a Fernández Rodríguez, *El chantaje*, Barcelona 1995.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

considerar que en estos casos se trata de delitos menos graves y es prioritario el derecho a la intimidad del particular que quedó conculcado con la grabación⁵⁶.

Esta solución, aunque no siempre sea del todo convincente, ofrece un criterio bastante plausible en la medida en que se basa en un principio general del Derecho como es el de proporcionalidad, que, como cualquier otro principio general informador del ejercicio del poder punitivo del Estado, deber ser tenido en cuenta a la hora de resolver un problema jurídico, sobre todo cuando como en este caso se trata de un conflicto de intereses. Pero las insuficiencias de un criterio tan abstracto, a concretar después en cada caso, han sido puestas de relieve por la doctrina alemana hace ya algún tiempo, que por lo demás ha ido manteniendo a lo largo de estos últimos años diferentes posiciones que van desde la absoluta posibilidad de valoración, a la no valoración también de un modo absoluto de este tipo de pruebas, pasando, además de por la teoría de la ponderación, por otra teorías como la de derivar del derecho material, incluso de las relaciones civiles entre el que graba la voz y el que habla, la posibilidad o imposibilidad de la valoración⁵⁷, lo que demuestra lo difícil que es dar una respuesta única a este problema, tanto si es favorable como contraria a su valoración. Por tanto, también en este tema se deben hacer diversas matizaciones que no contradicen el principio del que se parte, pero que lo delimitan con mayor precisión. La clave para saber en qué casos, excepcionalmente, puede ser utilizada como prueba la grabación audiovisual realizada por un particular, la da a mi juicio la situación en la que se encuentre el particular que hace la grabación (que naturalmente puede ser también un detective privado contratado por el particular), pues evidentemente no es lo mismo que la haga alguien que en ese momento está siendo víctima de un delito y con la grabación pretende facilitar su averiguación, persecución y posterior castigo, o que lo haga alguien que no es la víctima, sino incluso (co)autor de ese delito o quiere utilizar la grabación para chantajear luego a la persona a la que la graba, amenazándola con denunciarla. La juris-

prudencia no distingue estos diferentes supuestos con la suficiente nitidez, pero creo que la distinción y el diferente trato jurídico que merece está implícita en muchas decisiones jurisprudenciales.

Pero lo que realmente dificulta dar una solución unitaria a este problema es la variedad de situaciones que se pueden presentar, que van desde la del agente provocador, que incluso puede ser un infiltrado por la Policía, que consigue sin darse cuenta su interlocutor que éste se delate hablando, mientras el otro graba sus palabras, hasta la del chantajista que filma a quien está comprando droga para después pedirle dinero a cambio de no denunciarlo, pasando por casos en los que políticos y personajes importantes son grabados por particulares en sus «debilidades», para después poder chantajearlos. Uno de estos casos es el llamado «caso Montesinos», en el que el que a mediados de los años 90 fue famoso asesor del ex Presidente de Perú Fujimori, grababa las conversaciones que mantenía con las personas que iban a verlo en su despacho, principalmente empresarios, con los que unas veces mantenía conversaciones más o menos inocuas o todo lo más constitutivas de un tráfico de influencias, otras se trataba de auténticos sobornos pasivos, en los que el citado asesor pedía dinero para su partido a cambio de favores o de promesas de gestiones. Evidentemente, ello no lo hacía para denunciar a los empresarios supuestos corruptores que venían a sobornarle, sino para conseguir un instrumento de chantaje, con el que poder presionarlos o amenazarlos en su día, si se negaban a dar más dinero o hacían algo que no le gustara. Que, en todo caso, estos empresarios nada sabían de tales grabaciones era evidente; como lo era también que las mismas no se hacía con el fin de ayudar a la Justicia y acabar con la corrupción, sino para todo lo contrario: para tener un arma con la que seguir manejando la tela de araña de la corrupción. Pero también en este caso se daban diversas situaciones en las que las conversaciones grabadas iban desde la solicitud de gestiones carentes de significado penal, de las muchas que en cualquier país se hacen diariamente ante políticos, Ministros, altos car-

56. Cfr. Roxin, La evolución cit., p. 154: «Una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1989 contempló el caso en el que dos hombre de negocios hablaban sobre un gran incendio que planeaban... Uno de los dos hombres de negocio grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al tribunal como prueba. Aunque la realización de grabaciones secretas sobre conversaciones privadas está sancionada penalmente, según el Derecho alemán (parágrafo 201 del Código penal), el Tribunal Supremo Federal aceptó la grabación como prueba (BGHSt, 36, 167) (). La conversación de dos hombres de negocios no se encontraría en el ámbito intangible por antonomasia de la vida personal y, respecto, a la consiguiente lícita valoración, merecería primarse el interés en la averiguación de la verdad, frente a la protección de la vida privada, porque el incendio cualificado es un delito grave castigado con pena privativa de libertad hasta quince años. Respecto a los delitos menos graves, por el contrario, se dispone la primacía de la protección del ámbito privado. Así el Tribunal Supremo Federal ha rechazado el uso procesal de una grabación oculta que podía emplearse como prueba de un delito de perjurio (BGHSt 14, 358). De manera análoga, el Tribunal Superior de Baviera rechazó como prueba una grabación que podía demostrar la comisión de un delito de difamación y calumnia (BayObLG NSTZ 1990, 101)».

57. Sobre las diferentes posiciones mantenidas en la doctrina y jurisprudencia alemanas sobre la posibilidad de valorar como prueba las grabaciones de voz realizadas entre particulares, véase Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater cit. p. 67 ss., quien mantiene, en principio, que no pueden ser valoradas las grabaciones de voz realizadas ilegalmente que afectan al núcleo absoluto de la intimidad y las que no son congruentes con el fin de persecución de un delito; considerando por el contrario que sí pueden valorarse las que se hacen a favor del acusado o son congruentes con la finalidad de obtener pruebas para perseguir el delito (p. 128 s.).

gos de la Administración, etc., hasta otras que podían rayar en lo delictivo como tráfico de influencias o incluso directamente como cohecho. Lo verdaderamente insólito en este caso es que se grababan, a pesar de que en los casos en que las conversaciones grabadas podían versar sobre hechos constitutivos de delito, la responsabilidad de los mismos recaían también sobre Montesinos que grababa, incompresiblemente, su propio delito. No se trataba, por tanto, de los casos, que ya hemos mencionado antes, en los que el que es víctima de un chantaje o de la petición de dinero por parte de una autoridad o funcionario graba al chantajista o al autor del cohecho para después denunciarlo, sino de que el que solicita la dádiva o realiza el chantaje graba su propio delito.

De lo que en este caso y en otros similares a éste se trata, es de sí, por las razones que sean, estas grabaciones, que pueden ser también manipuladas, llegan a manos de la Policía y se incorpora a un proceso penal, se pueden utilizar sin más y directamente como prueba de cargo contra el que fue grabado contra su voluntad, sin su consentimiento. No plantea la menor duda, por supuesto, que sí puedan utilizarse como prueba contra el que realiza la grabación, porque ello es ya en sí mismo constitutivo de un delito y esta es la prueba del mismo. Pero el problema en este caso, y en otros similares en los que se graba conversaciones de políticos y funcionarios con particulares cuyo contenido puede ser delictivo (recuérdese la STC 18/2003, 23 octubre), es si cuando estas grabaciones se realizan con fines de chantaje y no ya de perseguir el delito, y fuera de los casos regulados legalmente y autorizados judicialmente, se pueden valorar como prueba de los supuestos delitos que hayan podido cometer los particulares cuyas conversaciones fueron grabadas ilegalmente.

Imaginemos que en el famoso «caso Juan Guerra», que tanto dio que hablar en España a mediados de los años 80, el hermano de un alto cargo del Gobierno que recibía en «su» despacho instalado en un edificio público a multitud de empresarios, políticos, etc., que iban a solicitar su mediación en problemas de todo tipo, hubiera procedido a filmar subrepticia e ilegalmente a los que iban a visitarlo, ¿hubiera podido utilizarse esas grabaciones como prueba en un proceso por tráfico de influencias contra los que hubieran sido filmados sin su consentimiento? Como ha quedado demostrado, no fueron uno, ni diez, ni cien, sino muchas más las personas de todo tipo que pasaron por ese despacho⁵⁸. Unos sólo iban a pedirle que hiciera alguna gestión ante políticos bien relacionados con él, otros a tomar un café y a comentarle cosas de la política local o na-

cional, y otros sin duda a gestionar asuntos más relevantes y sustanciosos, como instar una subvención, un trato de favor en determinadas políticas económicas, una recalificación de terrenos, etc. Curiosamente, cuando se procesó y juzgó a este personaje, que finalmente fue condenado por delito fiscal, pero no por los delitos contra la Administración Pública de los que también fue acusado (cfr. STS 24 octubre 1996), a nadie se le ocurrió acusar también a los centenares de personas que fueron a su despacho a visitarlo y solicitar alguna gestión que pudiera entrar en el terreno de lo delictivo. Pero es que además la propia sentencia admitió que estos hechos no eran constitutivos de delito, lo que por cierto dejaba malparada una investigación judicial que se llevó a cabo «a bombo y platillo», paralelamente a una campaña mediática que no tenía otro fin que el de desacreditar al Gobierno (socialista) que regía en aquel momento (cfr. también el supuesto de hecho de la STC 18/2003, 23 octubre citada *supra*).

Fueron estas mismas dificultades para tipificar estos hechos, reconocidas por la propia sentencia que los juzgó, lo que motivó que se creara y se introdujera por aquellas fechas en el Código penal el delito de tráfico de influencias⁵⁹, que actualmente se recoge en los artículos 428 a 430 del Código penal⁶⁰. Estos delitos se configuran como una especie de acto preparatorio del cohecho o como una forma de castigar un cohecho que o bien no existe realmente por no mediar la entrega de alguna cantidad económicamente relevante a la autoridad o funcionario que tiene, o porque no puede probarse dicha entrega. Los delitos exigen además en su modalidad de influencia sobre funcionario o autoridad que se dé una «situación de prevalimiento» sobre el funcionario o autoridad (cfr. arts. 428 y 429), y en la modalidad de ofrecimiento de influencia a particular ni siquiera eso (cfr. art. 430). Las penas con que se castigan tampoco son graves (de seis meses a un año de prisión y multa); y la eficacia práctica que han tenido hasta la fecha ha sido prácticamente nula, pues apenas han sido objeto de aplicación, lo que demuestra que una vez más estamos aquí ante un Derecho penal simbólico hecho más de cara a la galería, para salvar la imagen de honestidad de la clase política, que con vocación de atajar realmente por esta vía el fenómeno, sin duda preocupante en cualquier país y más con un sistema democrático, de la corrupción⁶¹.

Pero volviendo al tema de si en los procesos que pudieran surgir por estos delitos puede utilizarse como prueba material videográfico grabado ilegalmente por un particular, que de hecho puede funcionar también como agente

58. Véase Libro de registro de visitas de Juan Guerra, quien es quien en el libro escándalo, Documento/Texto íntegro, editado por la Revista Tiempo, Madrid 1990.

59. Véase sobre esta reforma Muñoz Conde, Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada, apéndice a la 8ª edición de Derecho penal, Parte Especial, Valencia 1991.

60. Véase Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial 14ª ed., Valencia 2002, p. 9, 62 ss. También Octavio de Toledo y Ubieto, Los delitos relativos al tráfico de influencias, La Ley 1998.

61. La bibliografía sobre este tema aparecida en los últimos años es bastante abundante, par una visión global del problema me remito a la obra de Cugat Mauri, La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Barcelona 1997.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

gubernamental o político, para luego chantajear a la persona grabada, y no con el fin de ayudar a la Justicia denunciando a los que pretenden sobornarlo o ejercer influencia sobre sus decisiones, la respuesta, aunque con matices que dependen de las particularidades de cada caso, debe ser negativa⁶². Lo cual, obviamente, no quiere decir que no se puedan utilizar otras pruebas, desde la propia declaración del autor de las grabaciones, hasta la prueba de la entrega del dinero o su ingreso en una determinada cuenta corriente, documentos que acrediten las gestiones ilegalmente realizadas, etc. Pero de lo que se trata es de saber hasta qué punto en estos casos es prioritario respetar el derecho a la intimidad o a la privacidad de las conversaciones del que, sin su consentimiento, fue objeto de una grabación mientras conversaba con su interlocutor, incluso cuando en muchos de estos casos el que graba subrepticamente es un agente provocador o todavía peor alguien que quiere chantajear posteriormente al interlocutor cuyas palabras se graban.

Lo que, en todo caso, está claro es que hay muchas razones tanto de índole específicamente jurídico-penal, como también constitucional, para rechazar, en principio, la utilización como prueba en un proceso penal de las grabaciones de conversaciones, videos, etc., realizadas por un particular cometiendo el delito previsto en el art. 197 del Código penal, es decir, *sin ninguna causa que lo justifique*. Entre las primeras está que se trata de un hecho delictivo, que además lesiona directamente un bien jurídico que afecta a un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad, o a la privacidad de las conversaciones, telefónicas o no, y al que, por tanto, no puede dársele valor probatorio, salvo que queramos provocar un efecto criminógeno e incitar a todo el mundo a convertirse en una especie de detective privado buscando pruebas para cargarse a su enemigo político, empresarial o simplemente personal. Entre las segundas está no sólo el respeto que merece el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, de rango constitucional, que sólo en casos excepcionales, tasados legalmente y controlados judicialmente, puede ser limitado o vulnerado de algún modo, sino también el derecho constitucional igualmente fundamental a no declarar contra sí mismo. Cuál de estos caminos se elija para fundamentar la inadmisibilidad de esta prueba, es ahora indiferente, y creo que cualquiera de ellos puede utilizarse, o incluso los dos al mismo tiempo, si se dan sus presupuestos en el caso de que se trate.

Tampoco podemos olvidar para resolver este tema que la propia idea de la Justicia exige la proporcionalidad entre la entidad del delito de que se trate y la gravedad de la violación de la intimidad que implica la grabación con la que quiere probarse ese delito (en este sentido y en relación con la intervención de comunicaciones, véase STC

167/2002, 205/2002, 184/2203 en las que se otorga el amparo por haberse infringido este principio de proporcionalidad). Y si éste, como ya hemos visto, es un principio aplicable a cualquier acto de injerencia en el derecho a la intimidad que realicen agentes estatales en la averiguación y castigo de los delitos, con mucha mayor razón debemos exigirlo cuando se trate de injerencias cometidas por un particular, que además son constitutivas de un delito, o que se realizan incluso para cometer otros.

En un caso en el que se me pidió un Dictamen sobre la validez como prueba de una de las grabaciones realizadas ilegalmente por el entonces todopoderoso asesor del Presidente de Perú⁶³, se trataba, según la acusación que hacía el Ministerio fiscal peruano, de un presunto delito de tráfico de influencias que podría haber cometido el Gerente de una fábrica de pastas alimenticias, que junto con el dueño de la misma, un empresario chileno que había invertido mucho dinero en el proyecto, se entrevistó con el citado político para ver si podía de algún modo influir o hacer algo para que Tribunal administrativo anulase la denegación de una licencia de apertura de la citada fábrica que había acordado la Municipalidad de Lima, en base a supuesto impacto medioambiental en la zona en la que estaba situada la fábrica. Analizando detenidamente la transcripción de la grabación videográfica de dicha conversación que el abogado solicitante del dictamen puso a mi disposición, no tuve la impresión de que efectivamente se hubiera cometido dicho delito, salvo que se puedan estimar como tales este tipo de conversaciones y gestiones que se suceden frecuentemente en los despachos ministeriales de cualquier país (que obviamente, como ya ha pasado en otros países, pueden ser grabadas para explotarlas políticamente cuando convenga, provocando el consiguiente escándalo político, o simplemente para chantajear al interlocutor). Sobre este extremo también me pronuncié en otro dictamen, hasta el momento inédito, en el que cuestionaba que esas conversaciones pudieran ser constitutivas del delito. Este dictamen estaba vinculado a este otro, que sí publiqué, en el que cuestionaba que *en relación con ese hecho* pudiera utilizarse la grabación como prueba, basándome para ello en que dado el carácter delictivo de las grabaciones que había realizado el tal asesor presidencial y la escasa gravedad penal material del delito (tráfico de influencias) por el que se acusaba a la persona grabada, en este caso era prioritario respetar el derecho a la privacidad. De ello deducía obviamente también, y así lo manifestaba expresamente en mi dictamen, que esta grabación, en cambio, sí podía utilizarse como prueba en el proceso que en su día se dirigiera contra el asesor presidencial, como autor, entre otros, de un delito de grabación ilegal. Es posible que en otros casos, y así parece desprenderse de la existencia otros videos, cuyo conteni-

62. En el mismo sentido, en la doctrina alemana, véase Frank, lug. a. cit.

63. Véase Muñoz Conde, Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos, en Revista Penal, nº 13, 2004, p. 105 ss.

D o c t r i n a

do parcial sólo conozco por referencias en los medios de comunicación, a través de otras de las muchas cintas grabadas puedan constatarse otros delitos más graves cometidos por dicho sujeto en connivencia con alguno de sus visitantes, y en este caso no tendría inconveniente en decir que las mismas puedan utilizarse, si se cumplen los requisitos de autenticación, contradicción y presentación en el juicio oral, como prueba en el proceso penal que en su día pueda llevarse a cabo contra el citado asesor presidencial por estos delitos y contra los que con él los cometieran. Pero lo que ya no me parece tan claro es que puedan utilizarse sin más contra todos los que fueron a entrevistarse con él y sin saberlo sus entrevistas fueron grabadas, sobre todo si las conversaciones que mantuvieron con el citado asesor presidencial no llegaban a la categoría de un delito o todo lo más constituían un delito de tráfico de influencias, que en el Código penal peruano no pasaba de ser un delito menos grave, o sobre todo no eran corroboradas por otras pruebas (testificales, documentales, etc.) que sí son perfectamente admisibles. Desgraciadamente, la figura del «conseguidor» no es tan rara en la política, y siempre hay en los alrededores de los gobiernos (incluso de los más democráticos) algún personaje merodeando que, con reales o supuestas influencias en los gobernantes, o siéndolos ellos mismos, hacen gestiones a favor de parientes, clientes de sus despachos profesionales, grupos empresariales, religiosos, etc., consiguiendo a veces concesiones o actos administrativos, incluso legítimos, que sin su mediación son difícilmente alcanzable o se consiguen mucho más tarde. La persecución de estos hechos sin más fundamento material que en la rumorología, en testigos de referencias, o en grabaciones sospechosas, susceptibles de todo tipo de manipulación y de transcripción parcial de algunos párrafos y omisión de otros, no me parece la mejor manera de acabar con ello.

No cabe duda de que la corrupción es un fenómeno que se da con frecuencia en muchos países incluso con una gran tradición democrática y con fama de honradez en sus gobernantes. El «caso Kohl» en Alemania, el «caso Jupée» en Francia, los procesos contra Berlusconi en Italia, los casos «Naseiro», «Filesa», «Ayuntamiento de Burgos», «Ayuntamiento de Marbella», etc., en España, han puesto de relieve lo preocupante puede ser este fenómeno cuando alcanza a los más altos puestos de la política, se utiliza como medio de financiación ilegal de los partidos políticos o simplemente como medio de enriquecimiento ilícito. Pero un análisis de este problema nos llevaría más lejos de lo que era el objeto de este trabajo: demostrar una vez más que la lucha contra la criminalidad, contra cualquier tipo de criminalidad, no puede llevarse a cabo a toda costa o a cualquier precio, con desprecio o merma de derechos fundamentales cuya salvaguarda y garantía constituyen la esencia del Estado de Derecho. Que ello puede conducir a decisiones jurisprudenciales discutibles

o, por lo menos, difíciles de entender por el que no está avezado en las reglas de exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, lo demuestra el caso siguiente:

La Cámara Federal de la Plata en Argentina sostuvo la ineficacia probatoria de una documentación que se hallaba en un maletín del que se había apoderado indebidamente un particular que a la vista de su contenido (documentos falsificados) denunció a su propietario a la Policía. El Tribunal de Apelaciones descalificó la presentación como prueba, por ilegitimidad de su origen, de esta documentación, distinguiendo claramente los actos del Estado en la investigación penal de los de los particulares, considerando que respecto a estos últimos la injerencia anti-jurídica en la intimidad priva de eficacia probatoria a los datos así obtenidos⁶⁴.

A este respecto, basta recordar también la vieja jurisprudencia española que ya se había tenido que enfrentar también con casos en los que un vecino se apoderaba de documentos, sobres cerrados y correspondencia, de otro vecino, bien extrayéndolos de su buzón particular, bien porque fueron depositados en su buzón por error del empleado de Correos, para descubrir su contenido y denunciarlo a la Policía, ya que muchas veces se trataba de revistas o documentos que demostraban su pertenencia a uno de los partidos políticos declarados ilegales en la época de la dictadura franquista. ¿Habrá que admitir también en los momentos actuales que tales documentos, que ahora pueden consistir en grabaciones ilegales, pueden valorarse como prueba en un proceso penal, cuando se han obtenido de esta forma ilegal y delictiva? ¿Pueden utilizarse para incriminar a una persona los documentos personales referidos a la intimidad de esa persona cuando han sido obtenidos ilegalmente?

Me parece que, aunque a diferencia de lo que sucede con la prohibición de la tortura que tiene un carácter absoluto y veda la valoración judicial de cualquier prueba que de ella puede obtenerse, transformando en delincuentes al que la ha aplicado, la prohibición de utilizar pruebas basadas en la violación del derecho a la intimidad tiene un alcance más limitado, y que, por tanto, pueden utilizarse determinadas pruebas que se obtengan con vulneración de ese derecho en algunos excepcionales, generalmente regulados por la ley, con intervención judicial y siempre respetando el principio de proporcionalidad. Pero incluso en estos casos, debería además tenerse en cuenta otro principio básico del proceso penal del estado de Derecho: la prohibición de autoincriminación. Sería lamentable que la creciente relativización de la prohibición de valorar pruebas obtenidas con violación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, redundara también en una relativización de la prohibición que dio origen al moderno proceso penal del Estado de Derecho. Que es-

64. Citado por Hairebedian, La prueba obtenida ilícitamente por particulares, en Nueva Doctrina Penal 2001/B.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

ta alarma no es infundada, lo demuestra el siguiente tema del que seguidamente nos vamos a ocupar.

VI. La relativización de la prohibición de la autoincriminación a través de la relativización de la prohibición de la tortura y del empleo de la misma como forma de obtención de pruebas incriminatorias⁶⁵

En este apartado quisiera ocuparme para terminar este trabajo de lo que fue originariamente la razón por la que surgió el principio *nemo tenetur* en el moderno proceso penal: la prohibición de la tortura como medio de prueba. De hecho frente a todos los supuestos en los que de un modo u otro se evade la prohibición de autoincriminación, pero en los que existen determinadas excepciones al mismo, más o menos amplias y más o menos discutibles, la prohibición de valoración de la autoincriminación derivada de la tortura goza, al menos en teoría, tanto a nivel nacional como internacional, de un reconocimiento y una validez absoluta que no admite excepciones. Sin embargo, como veremos seguidamente, hay hoy en el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal, planteamientos que relativizan esta prohibición y con ello de un modo u otro admiten que la tortura pueda ser utilizada para obtener datos en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y poder valorarlos como prueba en un proceso penal para conseguir la condena del autor de un delito.

Lo primero que hay que plantearse es si esto es compatible con los principios del proceso penal del Estado de Derecho, y concretamente con el de prohibición de la autoincriminación.

El Derecho penal del Estado de Derecho se caracteriza ante todo por limitar y admitir sólo en casos excepcionales el empleo de la violencia por parte de los particulares. Únicamente dentro de los estrechos márgenes de la legítima defensa y en algunos supuestos excepcionales de estado de necesidad pueden éstos emplear la violencia para defender o proteger sus derechos, y ello siempre dentro de los límites que imponen el principio de proporcionalidad y la necesidad del empleo de la violencia cuando no caben medios menos lesivos para proteger derechos fundamentales en inminente peligro de destrucción.

Fuera de estos casos, sólo el Estado tiene el monopolio de la violencia, pero este monopolio tampoco concede un derecho absoluto o ilimitado para ejercer todo tipo de violencia, sino igualmente, y siempre en casos excepcionales, dentro de los límites previamente reglamentados y de acuerdo tam-

bién con los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando prohibiciones absolutas de ejercicio de la violencia como la imposición de la pena de muerte⁶⁶ y de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE).

Además tanto los particulares, como el Estado están obligados respetar la prohibición absoluta del empleo de la violencia entendida como tortura; es decir, como provocación de dolor físico o psíquico para intimidar, para conseguir pruebas o declaraciones y confesiones forzadas, o constreñir de cualquier otro modo la voluntad del torturado con cualquier finalidad o motivación, o simplemente con el ánimo de hacerlo sufrir, castigarlo o provocar su humillación.

El empleo de la violencia por parte de los particulares fuera de los casos excepcionales en que legalmente se justifica carece, pues, de legitimidad, cualquiera que sea la finalidad o motivación con la que se realice. Y si se realiza de forma sistemática y en grupo con finalidad o motivación políticas, dará lugar al fenómeno que conocemos como terrorismo, y que como tal es considerado tanto a nivel nacional, como internacional como uno de los delitos más graves contra los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Igualmente, el empleo de la violencia por parte del Estado o de los que actúen en su nombre cuando se realiza fuera de los cauces previstos legalmente es ilegítimo, y si se emplea de forma sistemática y como instrumento de una determinada concepción política, racista, social, religiosa, etc., constituye terrorismo de Estado, que no tiene una definición legal precisa pero que igualmente constituye un gravísimo delito, bien en forma de delitos singulares como el asesinato, homicidio, lesiones, secuestros, etc., o en la de los más modernos delitos contra el Derecho internacional, como el genocidio o los crímenes contra la Humanidad.

Pero a diferencia de lo que sucede con la violencia ilegítima realizada por los particulares, los límites de la violencia ilegítima empleada por el Estado son más oscuros y difíciles de marcar, y esta oscuridad y dificultad es aprovechada por muchos para justificar, con diversos argumentos, su empleo, sobre todo cuando se trata de fortalecer el sistema, que a su vez puede ser también ilegítimo (por ejemplo, una dictadura) frente a sus adversarios. Eso ha hecho también que mientras que al terrorismo contra el Estado, como empleo de la violencia para atacar el sistema político, social y jurídico vigente, se le han dedicado, sobre todo en los últimos años, muchas páginas y normalmente casi todas de condena, al terrorismo desde el Estado se le haya dedicado mucha menor atención, haya sido mirado con mayor benevolencia o incluso justificado como

65. En el presente epígrafe se recoge en sus líneas esenciales el trabajo que ya he publicado en la Revista de Pensamiento jurídico, Teoría&Derecho, núm. 3, 2008, p. 119 a 135, «La situación de los presos de Guantánamo: Entre la tortura y el Estado de Derecho», pero se ha actualizado con algunas decisiones recientes en relación con el caso Hamdan y alguna referencia adicional de carácter doctrinal y jurisprudencial.

66. Evidentemente, la prohibición de la pena de muerte no es una prohibición que goce de reconocimiento universal, pero dentro del espacio europeo rige incluso como condición previa para que un país pueda llegar a ser admitido en la Comunidad europea, y en general, incluso en los países en los que todavía se aplica, existen numerosas campañas y movimientos que piden su abolición, entre otras cosas por tratarse de una pena cruel e inhumana.

D o c t r i n a

una forma eficaz que tiene el Estado para luchar contra sus enemigos, sean éstos interiores o exteriores, terroristas o enemigos combatientes de una potencia extranjera con la que se está en guerra. Frases como «no hay mejor terrorista que el terrorista muerto», «al enemigo ni agua», «vahe victis», «en la guerra todos los medios son lícitos con tal de ganarla», etc., demuestran hasta qué punto existe un doble rasero o una doble moral para juzgar de forma distinta la violencia ilegítima contra el Estado, y la violencia igualmente ilegítima cometida desde o en nombre del Estado.

Sin embargo, cualquiera que conozca el marco constitucional de un Estado de Derecho y los principios y Declaraciones internacionales de reconocimiento de los derechos humanos en los que se apoya, comprenderá inmediatamente, sea jurista o no, que la lucha contra el terrorismo, o contra cualquier tipo de delincuencia, sea o no violenta, tiene que tener también sus límites y ser llevada con los medios y formas que permite ese marco constitucional y las Declaraciones universales de derechos humanos. Y del mismo modo debe admitir que incluso en las guerras, declaradas oficialmente o no, deben respetarse determinados principios del Derecho internacional de guerra y del Derecho humanitario, recogidos en las Convenciones internacionales como la de la Haya o las de Ginebra, en el trato de los enemigos combatientes y de la población civil.

Naturalmente, tanto en el pasado, como en el presente, como también en el futuro se han dado, se dan y se darán violaciones de estos principios y reglas básicas del Estado

de Derecho y del Derecho internacional, pero entonces la labor del jurista debe ser ante todo, si se trata de un jurista teórico, desenmascarar las razones que se aleguen para justificar, de un modo u otro, esas violaciones; y si es un jurista práctico, procurar que esas violaciones no queden impunes, llevando ante los Tribunales de Justicia, nacionales o internacionales, a los responsables individuales de las mismas, para que sean juzgados y en su caso condenados.

Desde la perspectiva de un Estado de Derecho y del actual Derecho internacional parece esto tan evidente que ni siquiera habría que decirlo o recordarlo. Pero como todavía hoy se encuentran a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial decisiones u opiniones que no coinciden plenamente con estos postulados, no parece ocioso ocuparse siquiera brevemente de los aspectos más controvertidos que se plantean en relación con la lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho y en la Comunidad internacional.

En los últimos años se han planteado problemas de este tipo en relación, por ejemplo, con la legitimidad de la intervención anticipada del Derecho penal en estadios aún muy alejados de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criminalizando la apología o el enaltecimiento de actos o grupos terroristas o la colaboración con los mismos⁶⁷. También se ha planteado la licitud de algunos medios técnicos como los audiovisuales o el control de las escuchas telefónicas, de forma indiscriminada y sin control judicial, para obtener información y pruebas de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, etc.⁶⁸ Pero

67. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la apología del terrorismo demuestra hasta qué punto en esta materia se puede incurrir en la criminalización del ejercicio de la libertad de expresión cuando ésta significa algún tipo de simpatía o afinidad con la ideología del grupo terrorista, o una actitud de comprensión o justificación sin más de los atentados cometidos o de sus autores (cfr., por ejemplo, sentencias tan dispares a este respecto como la STS 9 mayo 1996 —condenatoria—, con la STS 29 noviembre 1997 —absolutoria—, con supuestos de hecho y textos legales aplicables muy similares. El auto del TS de 28 de mayo del 2002 rechazó la querrela contra un político quien, en un mitin en territorio francés gritó «Gora Eta», pero no tanto en base a que el hecho no fuera constitutivo de apología, sino por entender que esta conducta no entra dentro del delito de terrorismo que permite la aplicación del Principio de Justicia Universal y, por tanto, la aplicación extraterritorial de la ley penal española). Precisamente para evitar estas oscilaciones jurisprudenciales, en la reforma de 22 diciembre del 2000 se introdujo en el art. 578 del Código penal la figura del «enaltecimiento», que motivó, por cierto, la STS 26 febrero 2007 que condenó por amenazas a un terrorista a punto de salir ya de prisión por haber publicado una carta en un diario en la que se alababa la conducta de otros presos terroristas y se justificaba la propia, criticando al mismo tiempo la política penitenciaria seguida con ellos y a los responsables de la misma, en un tono sin duda grosero y agresivo. Un comentario crítico a esta sentencia puede verse en el artículo de María Luisa Cuerdo Arnao, El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión, en La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho judicial, 128-2007, pp. 111 y 115 y ss. También en la STS 20 junio 2007 se condenó a un dirigente político abertzale por haber pronunciado palabras de elogio en un acto homenaje a un dirigente de ETA muerto, véase Francisco Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial, 16.^a ed. cit., p. 897.

68. El empleo de nuevas técnicas de captación de sonido e imágenes para la investigación de los delitos es cada vez más frecuente, lo que ha obligado a que en casi todos los Estados se hayan dictado normas específicas que lo regulan. No obstante, muchas de esas normas adolecen de defectos constitucionales evidentes, bien porque no precisan con exactitud el tipo de delito y en qué condiciones deben emplearse estas técnicas, bien porque obvian el control judicial o lo reducen a una mera cuestión burocrática. Todo ello ha motivado que los Tribunales constitucionales de muchos países y los internacionales de Derechos humanos, hayan anulado sentencias condenatorias en las que, a su juicio, no se han tenido en cuenta los principios y garantías suficientes para proteger el derecho fundamental a la intimidad de las personas afectadas por el empleo de dichos medios. Véase, por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 3 de marzo del 2003, que declaró anticonstitucional la Ley alemana que regulaba las «Grosse Lauschangriffe», es decir, los controles audiovisuales más radicales de la intimidad de las personas presuntamente implicadas en la realización de un hecho delictivo. Y en relación con la jurisprudencia española la STC 18/2003, de 23 octubre, en la que se anuló una sentencia condenatoria que se había basado en pruebas obtenidas por empleo de escuchas telefónicas decretadas por el Juez instructor a partir de haber recibido una denuncia anónima, y todo lo dicho al respecto en epígrafes IV y V de este trabajo.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

donde se ha suscitado últimamente mayor discusión ha sido en relación con la situación jurídica y penitenciaria de los presos afganos y de diversas nacionalidades internados en la base americana de Guantánamo (Cuba) tras la Guerra de Afganistán a raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001, y los malos tratos e incluso torturas que se les han infligido, tanto como forma de castigo o humillación, como también como forma de obtener de ellos información sobre atentados terroristas pasados o que puedan volver a cometerse en el futuro. Estos hechos, unidos a otros concomitantes como la existencia de secuestros policiales de presuntos implicados en actividades terroristas y su traslado forzoso a otros países en vuelos secretos utilizando las bases de terceros países cuyos Gobiernos lo sabían, pero que hacían como si no lo supieran, o la misma existencia de cárceles secretas de la CIA donde se ha retenido o se está reteniendo a estas personas por tiempo indefinido y sin ningún tipo de información sobre su paradero, han provocado a nivel internacional una gran conmoción y una ola de protestas, aun mayor que en otros casos, en la medida en que los responsables de estos hechos han actuado en nombre y representación del país militarmente más poderoso del mundo, los Estados Unidos de América, y con la impunidad que les procura la protección de ese mismo país.

Dada la importancia y gravedad de estos hechos, seguidamente me voy a ocupar de dos cuestiones puntuales muy relacionadas entre sí, como son, por un lado (*infra* 2.a y b), la situación jurídica de los presos de Guantánamo y la conceptualización jurídica que merecen las llamadas «Comisiones militares» creadas *ad hoc* para juzgarlos; y, por otro (*infra* 3), la utilización de ciertos tipos de tortura, no ya sólo como trato degradante e inhumano que en sí mismo constituye la forma de vida a la que están sometidos los detenidos en dicha base, o que pueda provenir de los abusos o excesos que a título particular cometan algunos de sus guardianes, sino de la pretendida «validez» y legitimidad jurídica que se le quiere dar por algunos a los actos de tortura que se practican por los funcionarios y autoridades oficiales de los Servicios secretos americanos en los interrogatorios a los que se somete a estos sospechosos al objeto de obtener de ellos información y pruebas de actos terroristas pasados, o para prevenir otros futuros.

VI.1. Dentro de la polémica que ha suscitado la tesis patrocinada por algunos autores sobre la necesidad de asumir que en el Ordenamiento jurídico hay que hacer una exclusión de prácticamente todos los derechos que se re-

conocen en la Constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados sujetos que se consideran como «enemigos»⁶⁹, parece especialmente interesante ocuparse de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos recluidos en la base militar norteamericana de Guantánamo. A este respecto comentaré, en primer lugar, las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004 en los casos *Rasul*, *Hamdi* y *Padilla*, por la Corte Suprema estadounidense⁷⁰.

a) Como es de sobra sabido, a partir de noviembre del 2001 se empezaron a internar a un gran número de detenidos en la Guerra de Afganistán en la Base militar norteamericana de Guantánamo, radicada en Cuba. Desde entonces unos 800 detenidos, algunos incluso menores de 18 años en el momento de su detención, han pasado por dicha Base, en la que han permanecido privados de prácticamente todos sus derechos no sólo como ciudadanos, sino casi como seres humanos, sometidos a tratos inhumanos y degradantes, sin respetar las reglas mínimas aprobadas en Convenciones internacionales sobre el trato a los prisioneros de guerra. Según los Informes de organismos internacionales, como Amnistía Internacional, a finales del 2007 aún se encontraban recluidos allí unos 275 detenidos, 100 de los cuales son de origen yemení. Muchas de las liberaciones se han debido a gestiones de países de lo que procedían algunos de los detenidos, como Inglaterra o Australia, o también a algunos recursos presentados por abogados de los detenidos exigiendo su liberación o, por lo menos, su paso a prisiones ordinarias y que se les juzgue por tribunales ordinarios, a través del correspondiente recurso de *habeas corpus*. Algunos de estos recursos han prosperado y han motivado decisiones de la Corte Suprema estadounidense que seguidamente paso a comentar.

Efectivamente, en estas decisiones la citada Corte Suprema tuvo que plantearse y resolver si los presos de Guantánamo aprehendidos por tropas americanas en la Guerra de Afganistán, y otra persona detenida en el Aeropuerto de Chicago y que se encontraba en una prisión militar de Carolina del Norte como sospechoso de haber participado en el atentado del 11 de septiembre del 2001, tenían, entre otros derechos, el de solicitar un *habeas corpus*, es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención, y a ser juzgado en un proceso debido con todas las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.

69. Véanse al respecto los trabajos recopilados en Manuel Cancio Meliá/Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo*, El discurso penal de la exclusión, 2006; también el libro colectivo «Delitto politico e diritto penale del nemico», editado por Alessandro Gamberini y Renzo Olrandi, 2007. Para una visión de conjunto de este tema véase Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, 2.ª edición, Buenos Aires 2007 (hay traducción al alemán de la primera edición realizada por Moritz Vormbaum, «Über das Feindstrafrecht», Berlín 2007, con prólogo de Winfried Hassemer, que se contiene también en la segunda edición en español de esta obra, a la que se añaden otros trabajos propios sobre el mismo tema).

70. Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (28 junio 2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (28 junio 2004), *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S. Ct. 2711 (28 junio 2004).

D o c t r i n a

La decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana⁷¹. Para la inmensa mayoría de los Jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano norteamericano tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art. 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana sólo suspende este derecho en caso de «rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública», y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los Jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el Juez Scalia, y a él se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas. Para el Juez Scalia el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismos derechos que éstos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Se apoya para ello en una discutible interpretación de textos legales y de antiguos precedentes jurisprudenciales que, en su opinión, niegan a los extranjeros los derechos que sólo corresponden a los ciudadanos americanos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus* y el derecho a un debido proceso. Frente a sus argumentos opone el Juez Stevens otros a favor de la opinión que finalmente prevaleció por una mayoría de 6 a 3, entre los que destaca el siguiente razonamiento:

«La parte demandada (es decir, el Gobierno, en este caso representado por el propio Presidente Bush) se muestra de acuer-

do en que el Estatuto de habeas corpus crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existen pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales»⁷².

Con esta importante sentencia, la Corte Suprema americana establece, al menos como principio y en relación con los recurrentes en el caso *Rasul*, que no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear un recurso de *habeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera si esos extranjeros son «enemigos» o simplemente extranjeros. Con esto reconoce a los recurrentes, a pesar de no tener la nacionalidad norteamericana, un derecho fundamental, pieza clave para el reconocimiento de otros derechos fundamentales, superando así el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de «amigo-enemigo», al que había pretendido reducirlo la Administración de Bush y Rumsfeld, contra los que por cierto se dirigían las demandas de los recurrentes⁷³. Ciertamente, ello no es más que un paso en el reconocimiento de que incluso los posibles o reales «enemigos», tanto si se encuentran en territorio americano como si no, pero siempre bajo custodia o control de autoridades americanas, tienen unos derechos mínimos que no pueden negárseles. Evidentemente, aún queda mucho camino hasta que la Administración norteamericana llegue a admitir que todos los detenidos en Guantánamo, incluidos los llamados «enemigos combatientes», tienen unos derechos como presos de guerra, reconocidos por las Convenciones de Ginebra, que está claro que no se están respetando en estos momentos⁷⁴.

Es curioso notar que este argumento a favor de que puedan plantear un recurso tan tradicional en el Common Law como el de *habeas corpus*, coincide con el origen, in-

71. Dicho detalle salió a relucir en el transcurso de los interrogatorios a los que fue sometido Hamdi, cuando estaba preso en Guantánamo. Una vez comprobado que había nacido en territorio norteamericano y que no había renunciado expresamente a esta nacionalidad, Hamdi inmediatamente fue trasladado a una prisión militar en Virginia y luego a Carolina del Sur, desde donde planteó su solicitud de *habeas corpus*. Para más detalles sobre este y los otros casos, véase Fletcher, Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War, Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo, en *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pp. 953 ss. (hay traducción española de Muñoz Aunión, con el título: ¿Ciudadanos o personas?, publicada en *Revista Penal* 2005).

72. Véase la exposición resumida de estos argumentos en Fletcher, *ob. cit.*, pp. 58 ss.

73. No se entiende, por tanto, muy bien que en el caso *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F 3d 695 (2nd Cir. 2003), los Jueces, si bien por mayoría, rechazaran entrar en el fondo del recurso, muy similar en contenido a los anteriores, considerando que en lugar de contra Rumsfeld, la demanda tenía que haberse planteado contra el Comandante de la Prisión donde se encontraba recluido el recurrente, en Carolina del Sur. No se olvide que este sujeto no se encontraba preso en Guantánamo, ni tampoco era de nacionalidad norteamericana.

74. No deja de ser paradójico que aún no se haya admitido que representantes de organismos internacionales puedan ver *in situ* la situación en la que se encuentran esos presos en la base norteamericana de Guantánamo, sita en Cuba, y que, sin embargo, esos mismos organismos denuncien continuamente la situación de los derechos humanos en la propia nación cubana. Una «doble moral» que encaja mal con la idea de igualdad y de justicia, que debe primar por encima de conveniencias o simpatías políticas.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

cluso terminológico del mismo, conforme al cual este derecho no es exclusivo del ciudadano, sino del «corpus», es decir, de lo que Agamben llama la «nuda vida», independientemente de su adscripción a una determinada comunidad política o jurídica⁷⁵. Ésta fue también la idea que dio origen a la primera Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y a las primeras declaraciones de derechos recogidas en los Documentos de la Independencia de los Estados Unidos de América:

«*Los hombres naisent et demeurent libres et égaux en droits.*»

b) No obstante, estas decisiones no solucionaron de golpe todos los problemas que planteaba la anómala situación jurídica de los presos de Guantánamo, ya que la legislación excepcional (Patriot Act) adoptada por el Congreso de los Estados Unidos a partir del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2008 preveía una serie de disposiciones contrarias a los patrones establecidos por la Constitución americana y por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pero además de esta Patriot Act, posteriormente se dictaron otras como la Military Order de 13 noviembre del 2001⁷⁶, que igualmente adolece de vicios de constitucionalidad desde el punto de vista del Derecho interno norteamericano y de ilegitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional. Así, por ejemplo, esta Orden militar posibilita que los presos de Guantánamo sean juzgados por unas Comisiones militares, con un procedimiento que no respeta las garantías establecidas constitucionalmente en los Estados Unidos para todos los procesos penales. También se refiere a la colaboración con el terrorismo en casos de acciones neutrales o sin relevancia penal directa, transporte, ayuda, etc., o que todo lo más sólo pueden incluirse en la anómala figura típica del Derecho angloamericano de la «conspiracy», no recogida expresamente en el Derecho internacional de la Guerra.

De estas y otras cuestiones se ocupó la Corte Suprema norteamericana en su sentencia de 26 junio del 2006⁷⁷, que seguidamente paso a comentar brevemente. El caso que motivó esta decisión de la Corte Suprema es el siguiente:

Al amparo de la Orden militar de 13 de noviembre del 2001, el Presidente Bush y su Secretario de Defensa, Rumsfeld, presentaron contra Salim Ahmed Hamdan cargos por los que se le acusaba de conspiración en la realización de actos terroristas, basándose para ello en que Hamdan había sido durante algún tiempo chofer y quizás guardaespaldas personal de Osama Bin Laden, el dirigente del grupo terrorista Al Qaeda. Hamdan recurrió ante los Tribunales ordinarios alegando, en primer lugar, la inconstitucionalidad de la Comisión militar que tenía que juzgarlo, y además el que la figura de la *conspiracy* no figuraba entre los delitos incluidos en el Derecho penal internacional de la Guerra, y que en todo caso el hecho de haber sido chofer de Bin Laden no era motivo suficiente para imputarle dicho cargo.

La Corte Suprema recoge en su sentencia, que un tanto optimistamente fue calificada en aquel momento por George P. Fletcher como «el comienzo del fin de Guantánamo»⁷⁸, en parte, las alegaciones de Hamdan, rechazando los argumentos que en su contra esgrimió la Administración. Desde luego, a la vista de lo que ha sucedido después, e incluso del texto de la propia sentencia, no se puede decir que estemos aquí ante el «comienzo del fin de Guantánamo», pero sí es importante destacar que, igual que las anteriores dictadas en los casos de Rasul y Hamdi, la misma supuso un serio revés para la Administración del Presidente Bush, mostrando, al mismo tiempo que las dudosas bases jurídicas en las que se apoya, la actitud de rechazo que tiene un gran número de juristas americanos en relación con la situación de los presos de Guantánamo.

Tres puntos interesa destacar de esta interesante sentencia⁷⁹.

La primera cuestión que se debate en esta sentencia es si a los presos de Guantánamo se les aplican las Convenciones de Ginebra en relación con el estatuto jurídico de prisioneros de guerra. La tesis de la Administración Bush fue en primer lugar negar que los Convenios de Ginebra tengan naturaleza «Self Executing» y puedan ser alegados por un particular como Derecho vigente, sin una implementación expresa en el Derecho interno. Además, en todo caso, seguía argumentando la Administración americana

75. Véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspinera, 3ª reimpression Valencia 2003, p. 157.

76. Cfr. *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, 13 de noviembre de 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

77. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). El texto de esta sentencia se encuentra en numerosas referencias en Internet. Aquí se utiliza el recogido en Wikipedia (en wikipedia.org/wiki/Hamdan_v._Rumsfeld-105k). La sentencia fue acordada por 5 votos (los Jueces Stevens, Binter, Ginsburg, Breyer, Kennedy) frente a 3 (Scalia, Thomas, Alito).

78. George P. Fletcher, *The beginning of the End of Guantánamo*, en *Japan Times*, 17 Julio 2006.

79. La misma ha motivado innumerables artículos y trabajos doctrinales que sería prácticamente imposible mencionar siquiera aquí. Al lector interesado le remito al exhaustivo trabajo de María Dolores Bollo Arocena, *Hamdan v. Rumsfeld*, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 24 de junio del 2006, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006). Especialmente interesante es también el artículo del Profesor de la Universidad Columbia, George P. Fletcher, *The Hamdan case and conspiracy as a War Crime*, en *Journal of International Criminal Justice* vol. 4, Núm. 13, Julio 2006, 442-447. Este autor escribió además un Brief como «amicus curiae» dirigido a la Corte Suprema en nombre de la Asociación de Expertos en Derecho de Guerra, en el que se contienen muchos de los argumentos que luego fueron tenidos en cuenta por la Corte Suprema.

D o c t r i n a

na, al no tratarse de una guerra formal entre dos Estados, ya que Al Qaeda no constituye propiamente un Estado, sino un grupo terrorista difuminado en el territorio de varios Estados, la Convención de Ginebra que se refiere sólo a los Estados y a los Estados parte de un conflicto tampoco sería aplicable en este caso. Frente a ello, Hamdan alegaba que hay una norma mínima común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en la que se recoge el llamado Derecho humanitario y que éste es aplicable en todos los conflictos armados, sean éstos nacionales o internacionales. Efectivamente el artículo 3 común a los Cuatro Convenios, tomado del III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, dice lo siguiente:

«En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.»

Parece evidente que el espíritu humanitario que anima este precepto no puede estar supeditado a ningún tipo de sutileza jurídica que permita excluir a cualquier ser humano, cualquiera que sea la naturaleza del hecho que haya

cometido, la calificación del conflicto armado en el que haya participado o del grupo armado o ejército al que pertenezca, de derechos que simplemente le corresponden por el hecho de ser una persona; es decir, un ser humano como tal debe gozar siempre de los derechos más indispensables que reconoce el artículo 3. En su decisión la Corte Suprema, aunque no acepta como directamente aplicable esta disposición, porque considera que no es vinculante directamente para al Gobierno americano, sí admite que es aplicable al caso en la medida en que en el art. 21 del Código unificado de Justicia militar americano se recogen también estos derechos como Derecho de guerra. De este modo, la Corte Suprema se aparta expresamente de intentos muy en boga hoy en día, incluso en el plano teórico jurídico, de negar incluso la cualidad de «persona» al enemigo, cuando éste es un «enemigo combatiente», como califica la Administración norteamericana a los presos de Guantánamo, o un terrorista, que actúa en nombre de un grupo pero no de un Estado. No es ahora el momento de analizar más detenidamente las razones en las que la Administración norteamericana se apoyaba para negar la aplicación del Convenio de Ginebra a los presos de Guantánamo⁸⁰, pero en todo caso lo que sí queda claro es que de la decisión de la Corte Suprema se deduce que, independientemente del carácter vinculante o no del artículo 3 común y de otras cuestiones jurídicas que se puedan plantear en relación con la situación de los presos de Guantánamo (la posibilidad de que puedan plantear un habeas corpus, de que sean juzgados por tribunales ordinarios, civiles o militares, etc.), las reglas mínimas del Derecho humanitario que se contienen en el artículo 3 común también son aplicables a Hamdan, aunque sea a través del rodeo de considerarlas incluidas en el Derecho interno de la guerra americano. Ello tiene ya importantes consecuencias porque, como veremos más adelante, en el citado artículo 3 común se contienen prohibiciones de especial importancia para este caso, como es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, o la de tribunales de excepción no constituidos legítimamente.

Una de estas consecuencias que se deduce del propio artículo 3 común en su apartado 1. d) es que *quedan prohibidas* «las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». Con la invocación que hacía Hamdan de este artículo, la Corte Suprema no tuvo más remedio que ocuparse también de la validez de las «Comisiones militares» creadas para juzgar a los presos de Guantánamo por la Orden militar de 13 de noviembre del 2001. Para ello analiza en primer lugar si estas Comisiones tienen validez conforme al Derecho norteamericano, donde efectivamente el art. 21 del antes citado Código

80. Véase el comentario que de ellas hace Bollo Arocena en el artículo antes citado, pp. 16/17, indicando que ya anteriormente en la sentencia del Tribunal de Apelaciones, el Juez Robertson señalaba las razones de por qué tenían también que aplicarse directamente los Convenios de Ginebra, en base a la «Supremacy Clause» que reconoce la propia Constitución americana a los Tratados internacionales asumidos por los Estados Unidos.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

Unificado de Justicia militar admite esas Comisiones, pero eso sí siempre que hayan sido creadas «by statute or by the law of war». Respecto a lo primero era evidente, sin embargo, que Bush había creado esas Comisiones militares sin una autorización expresa del Congreso. No había, por tanto, una ley previa que legitimara esa creación presidencial, y ya desde el punto de vista del Derecho interno americano esas «Comisiones» serían por tanto ilegales. Sin embargo, la Corte suprema se ocupa también de analizar si el «Law of war», es decir, el Derecho de guerra, permite la creación de estas comisiones. Y tras un detenido análisis de los Comentarios especializados en esta materia llega a la conclusión de que ello sólo es posible en caso de «necesidad militar» y siempre que se den determinados requisitos, como que los hechos a enjuiciar se realicen en el escenario de hostilidades, o violando las leyes de guerra, etc., requisitos estos que no se daban tampoco en el caso de Hamdan que había sido detenido varios años antes y que, por tanto, no se encontraba en el momento de su enjuiciamiento en ninguna de estas condiciones. No obstante, algún Juez, como Thomas, discrepó de esta fundamentación, y en todo caso, como señaló expresamente el Juez Binter, la falta de autorización legal expresa podía subsanarse recurriendo el Presidente al Congreso y solicitando expresamente esta autorización, lo que efectivamente hizo más tarde y le fue concedida⁸¹.

La Corte se apoya también en el argumento de que el cargo de que se acusaba a Hamdan de «conspiracy» no entra en el ámbito del Derecho internacional de la Guerra⁸², por no constituir una violación de las leyes de guerra, si bien este argumento fue rechazado por el Juez Thomas quien alegaba que los actos de que se acusaba a Hamdan, transporte y custodia de personas implicadas en ataques armados y, por tanto, de enemigos, eran una evidente contribución a la guerra. Sin embargo, aquí habría que tener en cuenta también el argumento frecuentemente discutido en el Derecho penal material de hasta qué punto «acciones neutrales» como la de ser chofer particular de un delincuente pueden estimarse como actos de participación en los delitos que el delincuente cometa. La Corte Suprema, al estimar por mayoría que la llamada «conspiracy» no entra en el ámbito del Derecho internacional de Guerra no se ocupa de este tema, pero no hubiera estado

de más que en la argumentación disidente de Thomas se hubiera hecho alusión a este problema, sin duda importante para dirimir hasta qué punto acciones de la vida cotidiana que aparentemente son «neutrales» desde el punto de vista del Derecho penal pueden llegar a constituir formas de participación en acciones delictivas⁸³.

Pero en su sentencia de la Corte Suprema se ocupa también de otro tema para rechazar la argumentación de la Administración que me parece especialmente destacable: los defectos de procedimiento y la ausencia de garantías para el imputado que se contenían en la Military Order de 13 de noviembre del 2001. Una de las exigencias contenidas en el artículo 3 común apartado 1.d) de los Cuatro Convenios de Ginebra es, como ya se ha señalado, además de la legitimidad del tribunal juzgador que el proceso se lleve a cabo «con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». Es evidente que esas garantías no se mencionan ni se enumeran expresamente en esta disposición, pero es evidente también que existen un buen número de preceptos del máximo rango, a nivel constitucional, en la mayoría de los Estados civilizados, así como importantes Convenios internacionales, en los que dichas garantías se reconocen y se enumeran expresamente, considerándolas derechos humanos fundamentales de cualquier imputado en un proceso penal. Y, por supuesto, están también recogidas en la Constitución de los Estados Unidos, que a través de sus diversas Enmiendas y de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (como las «Miranda rules»), ha sido uno de los países pioneros en el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de las mismas. Por este motivo la Corte Suprema es especialmente sensible a los defectos procedimentales que observa en la Orden Militar, señalando varios que, a su juicio, invalidan la constitucionalidad de las decisiones que las mismas lleven a cabo.

Sin ánimo de exhaustividad citaré sólo algunos de los defectos señalados por la Corte Suprema. En primer lugar, la Orden militar permite que el acusado no esté presente en su propio juicio. En segundo lugar, prevé que se le pueda negar al acusado el acceso a determinadas pruebas, por razones de seguridad. En tercer lugar, se admiten pruebas que pueden tener un origen ilícito, o testimonios indirectos de referencia, etc.

81. Véase Military Commissions Act 17 octubre 2006.

82. Argumento principal esgrimido por Fletcher en su Brief a la Corte Suprema como «amicus curiae», cfr. supra nota.

83. No puedo ocuparme aquí de esta cuestión, ni de hasta qué punto la actividad de Hamdan como chofer de Bin Laden podría encuadrarse en la categoría de al menos complicidad en las acciones terroristas llevadas a cabo. El análisis detenido de este tema rebasaría la extensión de este trabajo, pero no quiero dejar de señalar que muchas veces lo que se plantea aquí es un problema de la prueba del dolo del sujeto que realiza estas acciones «neutrales», pues no cabe duda de que algo tan inocuo como vender un herbicida puede ser perfectamente un acto de complicidad en un asesinato, si el sujeto que lo vende sabe que va a ser empleado con esta finalidad (véase al respecto Muñoz Conde/ García Arán, Derecho penal, Parte General, 7.ª ed., Valencia 2007, p. 439, con referencias bibliográficas sobre el tema). También debe señalarse que en el Derecho continental, y sobre todo en algunos Códigos penales, como el alemán, el italiano o el español, la figura de la asociación ilegal, y la colaboración con grupos terroristas, cubre, a mi juicio a veces de un modo excesivo, muchas de estas acciones (cfr. por ej. art. 576 del Código penal de 1995, equivalente al art. 174 bis del anterior Código penal, que fue declarado inconstitucional por STC 20 julio 1999 no en base a su amplitud, sino al excesivo marco penal que tiene asignado; cfr. Muñoz Conde, Parte especial cit. nota 2, pp. 823 y 895).

La Corte no entiende por qué las alegadas razones de seguridad pueden llevar al extremo de negar al acusado derechos que se le reconocen en cualquier país civilizado, e incluso en los procesos penales militares, que deberían, en principio, servir de referencia a las Comisiones militares. Frente a estos argumentos dice en su voto disidente el Juez Alito, poco antes nombrado por el propio Presidente Bush para ese cargo, que esos defectos procedimentales podrían ser alegados luego por vía de recurso, y que ello no deslegitima en todo caso la propia existencia de la Comisión militar. Pero es evidente que se trata de dos cosas diferentes y que además el recurso que se reconoce en la Military Order al Tribunal del Distrito de Columbia es bastante limitado y sólo para condenas superiores a diez años de prisión o a pena de muerte⁸⁴.

De todas formas muchos de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en contra de las Comisiones Militares y su procedimiento pronto se vieron desmontados por el propio Presidente Bush, quien acogiendo a la posibilidad que le concedía la propia sentencia de la Corte Suprema de subsanar el defecto originario en la creación de estas Comisiones por no tener autorización del Congreso, rápidamente solicitó esa autorización que le fue concedida el 17 de octubre del mismo año 2006⁸⁵. No puedo ahora detenerme en el análisis de esta nueva regulación de las Comisiones militares, que adolecen de muchos de los defectos procedimentales que ya tenía la anterior, por lo que no sería extraño que volvieran a plantearse de nuevo recursos ante la Corte Suprema. Pero probablemente con ello ya cuenta el propio Presidente Bush quien, de todos modos, con la autorización concedida y en tanto no haya otra decisión en su contra de la Corte Suprema, para lo que pueden pasar todavía algunos años, gana tiempo y puede seguir con su recusable política respecto al trato que reciben los presos de Guantánamo.

c) Y efectivamente esto es lo que ha sucedido cuando en junio del 2008 finalmente comenzó a celebrarse el primer juicio ante una de esas «Comisiones militares», cuya inconstitucionalidad había ya determinado la Corte Suprema americana, pero que el Presidente Bush en rápida y hábil maniobra política había conseguido restablecer a partir de la autorización que le concedió el Congreso en el 2006.

Al amparo de esta nueva regulación durante los meses julio del 2008 se llevó a cabo finalmente el juicio contra Hamdan ante una Comisión militar en la Base de Guantánamo, y el 6 de agosto la citada Comisión militar lo condenó por «prestar apoyo material al terrorismo» a una pena de cinco años y medio de prisión. Es verdad que algunos cargos, como el de conspiración, finalmente no prosperaron, pero el núcleo de la acusación se mantuvo y la misma se mantuvo en base a pruebas que había sido obtenidas ilegalmente, y sobre todo a partir de interrogatorios en los que claramente se le habían inflingido malos

tratos e incluso se le había torturado, tal como denunciaron repetidas veces los abogados durante el juicio. La sentencia ha salido en todos los medios de comunicación y ha motivado justas críticas desde los más diversos sectores sociales, jurídicos y políticos, a nivel mundial, y también, por supuesto, en USA, pero, por supuesto, también han sido muchos, sobre desde el Gobierno de Bush, las que han saludado con beneplácito, aunque de todos modos y para evitar que Hamdan sea puesto en libertad por haber cumplido ya la pena impuesta, han vuelto a recurrir a su tesis de que tanto Hamdan, como los demás detenidos en la Base de Guantánamo, pueden estar allí encerrados por tiempo indefinido, por tratarse de «enemigos combatientes».

VI.2. Lo que acabo de decir nos lleva a plantearnos una cuestión de más largo alcance, y que probablemente se puede haber planteado más de uno que haya seguido todo el largo y sinuoso camino de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas en relación con la situación de los presos de Guantánamo. La verdad es que, a pesar del claro varapalo que las mismas han supuesto para la Administración del Presidente Bush, la situación de dichos presos no ha cambiado. Y no sólo eso, es que además de que con el proceso contra Hamdan se han puesto ya en marcha las tan denostadas Comisiones militares, diariamente se siguen conociendo casos de abusos, de malos tratos y torturas que se dan en Guantánamo y en otros centros radicados fuera de los Estados Unidos como Abu Ghraib en Irak o Bugaran en Afganistán, como es de suponer que se darán también o aún más en la «cárceles secretas» de la CIA esparcidas por el mundo, sitas en países colaboracionistas o en barcos, pero de cuya existencia nadie duda. Como tampoco cabe dudar, y está más que probado que durante los años sucesivos a la Guerra de Afganistán y a la invasión de Irak, son muchos los presos transportados clandestinamente a Guantánamo o a esas cárceles secretas, con la anuencia tácita de los países, cuyas bases aéreas se han utilizado para dichos transportes.

¿De qué sirven, pues, tantas decisiones al más alto nivel jurisprudencial en contra de estas situaciones si luego la Administración responsable de las mismas sigue sin tenerlas para nada en cuenta? ¿Y de qué sirve todo ese arsenal jurídico frente a los malos tratos y torturas que dan impunemente en esos centros y que, incluso, parece que dentro de ciertos límites se fomentan o se autorizan por la propia Administración como formas «lícitas» de interrogatorios para la obtención de datos en la lucha contra el terrorismo?

En un trabajo sobre la situación de los presos de Guantánamo (pero también en otros centros de detención situados fuera de los Estados Unidos, bien conocidos como Abu Ghraib y Bugaran, y en otros lugares desconocidos sitios en algunos otros países cuyos Gobiernos han consentido la existencia de cárceles secretas), es, por tan-

84. Véase Bollo Arocena, ob. a. cit., pp. 25/26.

85. Véase *infra* c).

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

to, necesario ocuparse también de esta otra cara de la lucha contra el terrorismo; de una lucha feroz, inhumana, ilegal y oscura, que se lleva a cabo en los centros de detención por los agentes y funcionarios de los Estados Unidos empleando medios contrarios a los principios del Estado de Derecho y a las Convenciones internacionales sobre derechos humanos, y concretamente de la Convención internacional sobre la tortura que prohíbe su uso como forma de investigación y de prevención o castigo del delito, consista éste en actos terroristas o de cualquier otra naturaleza. Desgraciadamente, la utilización de la tortura, que parecía había sido ya desterrada definitivamente, al menos oficialmente, del panorama jurídico de los pueblos civilizados, como medio de investigación policial, como medio probatorio en el procedimiento penal y como forma de tratamiento y castigo del recluso en el ámbito penitenciario, renace en estos Centros de detención con una fuerza inusitada, y lo que es peor, no ya como una realidad ilegítima, carente de toda base jurídica, sino con el apoyo de juristas, de politólogos, de especialistas en la lucha antiterrorista, y por supuesto de muchos políticos. Esta es, a mi juicio, una de las consecuencias más graves de cuantas ha producido la nefasta política norteamericana en su lucha contra el terrorismo a partir del lamentable suceso del atentado del 11 de septiembre del 2001.

La tortura como forma de investigación, a través de la obtención de pruebas mediante la confesión, y como forma de castigo, es conocida desde antiguo en todos los pueblos y culturas. Pero poco a poco, y en la medida en que se fueron refinando los medios de control y dominación de unas personas sobre otras, fue siendo sustituida por otras formas más sutiles de control. Como dice Foucault, el sistema fue cambiando en función de la transformación del cuerpo social entero, pasando de controlar el cuerpo a controlar el alma⁸⁶. Fueron así desapareciendo paulatinamente del catálogo de penas las penas corporales siendo sustituidas por la prisión, y del sistema de los medios probatorios se erradicó la tortura como forma de conseguir la confesión. A ello contribuyeron sin duda las brutalidades a que daba lugar, incompatibles con el espíritu de la Ilustración del siglo XVIII donde pronto surgieron voces destacadas en pro de su abolición⁸⁷.

Pero la tortura de hoy no es sólo una forma de provocar dolor físico, sino también moral, humillando o vejando al torturado, aun sin incidir directamente sobre su

cuerpo, con técnicas cada vez más refinadas que tienen incluso mayor eficacia que la propia tortura física. Y precisamente esto es lo que caracteriza las modernas formas de interrogatorio que, según todo tipo de pruebas e informes reconocidos por las propias autoridades estadounidenses, se practican con los presos de Guantánamo y otras cárceles y prisiones en las que se encuentran internados sobre todo presuntos terroristas, ex combatientes de la Guerra de Afganistán o de Irak. Si como decíamos en los epígrafes anteriores es ya de por sí intolerable la situación de exclusión, de «limbo jurídico», en la que se encuentran estos reclusos, mucho más lo es que esta anómala situación jurídica vaya acompañada de una serie de tratos inhumanos y degradantes que claramente violan la prohibición de tortura y malos tratos de los prisioneros de guerra recogida en el apartado 1.a) y c) del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, y en la Convención internacional contra la tortura, por cierto ratificada por Estados Unidos en 1994.

Las pruebas de que en estos centros ha ocurrido y está ocurriendo este tipo de cosas son más que evidentes, han salido en todos los medios de comunicación y la propia Administración norteamericana lo ha admitido. Se han documentado hasta 24 formas de torturas en los interrogatorios, el famoso «tercer grado» del que nos hablaban en las películas de serie negra de los años 40: Desde azuzar perros de gran tamaño y agresivos contra los reclusos como forma de intimidarlos, hasta someterlos a inmersión bajo el agua creándoles la sensación de muerte por ahogamiento, pasando por exponerlos durante mucho tiempo a bajas o a altas temperaturas en lugares cerrados, sin ninguna ventilación, dejando que se hagan sus necesidades fisiológicas encima sin permitirles asearse durante mucho tiempo, someterlos a interrogatorios continuados durante muchas horas, interrumpirles continuamente el sueño, poner música a gran volumen, hacerles que se desnuden y obligarles a adoptar posturas humillantes, simular ejecuciones disparándoles en la cabeza con pistolas de fuego, amenazando con provocarles daño o matar a seres queridos, a los que hace ya años no ven, etc. Todo ello sin contar otras formas de tortura menos sutiles y más clásicas, como simplemente golpearles, aplicarles corrientes eléctricas en los testículos, inyectarles sustancias que alteran su comportamiento, o recluirllos durante semanas en celdas de aislamiento con una luz permanente⁸⁸. El laboratorio del Dr. Mabuse, o cualquier otro laboratorio de horrores, incluyendo el de los

86. Véase Foucault, *Vigilar y castigar*, 3.ª ed., Madrid 1982.

87. Desde Beccaria hasta uno de sus contertulios Pietro Verri, autor de unas Observaciones sobre la tortura, fueron ya muchos los ilustrados de la época que rechazaron la tortura. Véase también la breve narración del celebre novelista italiano del siglo XIX Alessandro Manzoni, nieto por cierto de Beccaria, *Storia della colonna infame* (1842), en la que se narra un hecho sucedido en Milán en el siglo XVII, en el que unas personas fueron acusadas de esparcir la peste por la ciudad, untando las puertas de las casas con ciertos ungüentos, siendo torturadas y posteriormente ejecutadas. Véase también la narración de la ejecución del regicida Damiens, con la que comienza Foucault su obra *Vigilar y castigar*, antes citada. Sobre la historia de la tortura sigue siendo fundamental la obra de Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*, 2.ª ed. 1994.

88. Estos datos se encuentran en muchas publicaciones e incluso en documentos oficiales de la propia administración norteamericana, véase, por ejemplo, el Informe del Colegio de Abogados de Nueva York, o el del Senador John McCain. Una detenida ex-

campos de exterminio nazis, como el de Auschwitz, se quedan en pañales si se les compara con los centros de tortura de Guantánamo o Abu Ghraig.

Es verdad que muchos de estos hechos son excesos individuales de algunos guardianes que en algún caso (más bien pocos) han sido sancionados penal o disciplinariamente⁸⁹. Pero son las propias condiciones de vida en estos centros las que ya de por sí constituyen un trato vejatorio o humillante de los reclusos y, por supuesto, las que fomentan los excesos que cometen esos guardianes. Existen además en estos casos tácticas psicológicas de autojustificación, que van acompañadas de la aprobación y del apoyo externo de los superiores que dan las órdenes, de los políticos que dan las directrices y que quieren resultados concretos para emplearlos en la lucha contra el terrorismo, incluso de instancias religiosas, que despejan cualquier duda moral que pueda tener el torturador para que no flaquee en su «lucha contra el imperio del mal». A veces ni siquiera eso es necesario, porque los que torturan son simplemente «verdugos voluntarios», degenerados morales, psicópatas sádicos, que disfrutan provocando dolor, y a los que encima se les fomenta la satisfacción de sus bajos instintos premiándoles económicamente o ascendiendoles en sus carreras, o simplemente garantizándoles la más absoluta impunidad. No hay nada más penoso que admitir que un Estado de Derecho, o cualquier otra institución mínimamente civilizada, pueda utilizar para su defensa a sujetos de esta clase, y con este tipo de prácticas inhumanas.

Y, sin embargo, no sólo se reconoce que es así, sino que, por motivos de seguridad, se considera necesario seguir autorizando, con más o menos restricciones, este tipo de prácticas, y a pesar de la evidencia de la inhumanidad de las mismas, la Administración Bush se niega categóricamente a prohibirlas. E incluso al más alto nivel el que fue su Ministro de Justicia o Fiscal General, Alberto Gonzales, ha dado una serie de instrucciones para que se regule este tipo de prácticas como un medio adecuado para la lucha contra el terrorismo, señalando al mismo tiempo que las normas de la Convención de Ginebra (recuérdese el artículo 3 común) que prohíben la tortura y los tratos

degradantes «han quedado obsoletas» y en ningún caso son vinculantes para los soldados norteamericanos⁹⁰. Es verdad que entre muchos políticos americanos estas palabras han causado escándalo y sonrojo, sobre todo si se tiene en cuenta que el Senador McCain, actual candidato republicano a la Presidencia, cuando estuvo prisionero en la Guerra de Vietnam fue objeto de torturas, y movido por esa experiencia ha desencadenado una campaña en contra de la práctica de la tortura en los interrogatorios y centros de detención norteamericanos. No obstante, otras instituciones encargadas directamente de la lucha antiterrorista, como la famosa y temida CIA y algunos estamentos militares, han reconocido que emplean muchos de estos tratos prohibidos en los interrogatorios de los reclusos de Guantánamo y de otros sospechosos de terrorismo. Prácticamente, lo único que se discute en estos momentos es el tipo de técnicas de interrogatorio que se puede emplear y hasta dónde se puede llegar, señalándose en este sentido a modo de conclusión en uno de los Informes elaborados por dos de los asesores del Fiscal general, que el dolor físico solamente constituye tortura si causa «la muerte, fallo de órganos, o impedimentos serios de las funciones corporales»⁹¹; todo lo demás está permitido. Nada extraño, pues, que el Presidente Bush se haya negado una vez más, en marzo y en mayo del 2008, a que se den a conocer las técnicas de interrogatorio que practican los agentes de la CIA.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo⁹². Pionero en esta tendencia ha sido el famoso Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y famoso abogado defensor en algunas causas célebres como la de O.J. Simpson y Mike Thysson, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, donde él mismo confiesa que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una

posición de estos informes, la mayoría de los cuales se pueden encontrar en Internet, contiene el interesante trabajo de Luis Salas, Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d'America, recogido en el libro colectivo «Delitto político e diritto penale del nemico» cit. nota 4, pp. 323 a 331. Ver también Greenberg/ Dratel (edits.), The torture papers: The road to Abu Ghraig, Cambridge 2005.

89. Cfr. Luis Salas, ob. u. cit., p. 329, que cita algunos de estos casos: «De los policías militares que aparecieron abusando prisioneros en Abu Ghraig, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento, y otros están pendientes de juicio».

90. Las palabras de Alberto Gonzales emitidas en un dictamen (Memorandum for the President) han sido recogidas en todos los medios de comunicación y se pueden encontrar fácilmente en Internet. Una buena información al respecto, con abundantes referencias a la discusión habida en el seno de la Administración americana sobre esta materia, recoge Luis Salas, ob. u. cit., pp. 323 a 331.

91. Citado por Salas, ob. cit., p. 326.

92. Cfr. Michael Welch, The re-emergence of torture in political culture: Tracking it's discourse and genealogy, en Capítulo Criminológico, Revista de las disciplinas del control social, Universidad del Zulia (Venezuela), vol. 35, núm. 4, octubre-diciembre 2007, pp. 471 ss.

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

«bomba de relojería» («ticking-time-bomb») a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que «sacándole» por la fuerza esa información, y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la posibilidad emplear en los interrogatorios un «cierto grado de coerción física» para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro «Why terrorism works»⁹³ (¿Por qué funciona el terrorismo?), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a las Convenciones de Ginebra y a la Convención internacional contra la tortura, a las que considera «más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema», y propone claramente la práctica de una «tortura controlada» no directamente letal, y bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Naturalmente, también justifica los llamados «asesinatos selectivos» y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas, luego la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que éstos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos. Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la «cruzada contra el terrorismo» enarbolada por el Presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio (¿aceptaría el gran abogado Alan Dershowitz como prueba contra alguno de sus famosos clientes la confesión de uno de ellos obtenida mediante tortura?).

Pero las argumentaciones de Dershowitz, por demagógicas y populistas que puedan parecer, han prendido tam-

bién en la vieja Europa, y concretamente en Alemania, donde un caso de delincuencia común (el secuestro y posterior asesinato de un niño dio lugar a que el Jefe de la Policía autorizara a amenazar con torturar al sospechoso que luego resultó ser el autor del secuestro, aunque de este modo no se pudo salvar la vida del niño que ya había sido asesinado⁹⁴) desencadenó una polémica similar a la que desencadenó el libro de Dershowitz en Estados Unidos, que luego se ha extendido también a otros casos relacionados con el terrorismo (el derribo de un avión con pasajeros inocentes que ha sido secuestrado por terroristas que lo dirigen a estrellarse contra un objetivo militar)⁹⁵ y con el ejemplo de la «ticking-time-bomb». Por razones de tiempo no puedo ocuparme aquí de los argumentos que se esgrimen en estos casos para autorizar el empleo de la tortura (o en el caso del avión secuestrado, su derribo para impedir que se estrelle contra un objetivo militar). El argumento básico es, desde luego, siempre el estado de necesidad, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre Justificación y Exculpación, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad que excepcionalmente impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una «licencia para matar» (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, lo convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran a su vez al asesino de sus hijos. Se trata, por supuesto, de una paráfrasis que difícilmente puede ser transplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas. Con ello no estoy diciendo ni mucho menos que habría que conceder por lo menos y ya a priori una causa de exculpación al funcionario público o autoridad que torture a un terrorista para sacarle cualquier información valiosa en la lucha contra el terrorismo, porque no se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las

93. Alan Dershowitz, *Why terrorism works*, Yale University Press, 2002.

94. Sobre este caso y sus implicaciones jurídicas materiales y procesales penales, véase Claus Roxin, ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? A. cit. Más recientemente sobre el tema de la tortura en la literatura alemana, véanse Reinhard Merkel, *Folter und Notwehr*, en *Festschrift für Jakobs*, 2007, p. 375; Manfred Seebode, *Folterverbot und Beweisverbot*, en *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 999.

95. El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró en el año 2006 como inconstitucional la disposición de la Ley alemana de seguridad aérea que permitía el derribo del avión secuestrado. Ello provocó grandes polémicas políticas y jurídicas que aún siguen latentes. Véase al respecto Josef Isensee, *Leben gegen Leben. Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug*, en *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, p. 205.

D o c t r i n a

veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce, por ejemplo, en los medios alemanes la posibilidad de admitir la tortura aun en casos extremos la demuestra el hecho de que en marzo del 2008, se suspendió el nombramiento, ya acordado por los partidos políticos, del Profesor Horst Dreier como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, porque en unos Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn, dirigidos por él, mantiene que no puede ser del todo excluida la aplicación del principio de la colisión de deberes como causa de justificación en los casos de tortura cuando se trata de salvar la vida de un inocente⁹⁶. Sin embargo, menor conmoción han despertado las declaraciones de otro Profesor alemán, que sin duda tiene menos proyección política, pero que goza de merecida fama en el ámbito de la Dogmática jurídica penal. Me refiero al Profesor Günther Jakobs, Catedrático emérito de Derecho penal en la Universidad de Bonn, quien en sus conocidas tesis sobre la necesidad de admitir un Derecho penal del enemigo frente entre otros a los terroristas, dice respecto a la tortura lo siguiente⁹⁷:

«Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, *en Derecho* existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer *en Derecho* siempre y frente a todos.

Una cuestión completamente diversa es si admitir todo lo que es posible no contrasta con un deber derivado de la racionalidad. El peligro de un abuso puede ser excesivamente elevado —no me detengo ulteriormente sobre este perfil—. He hablado de las condiciones de la juridicidad y con ello también de sus límites, no de la praxis política.»

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que reciben en estos momentos los presos de Guantánamo y de las tácticas en los

96. Véase, por ejemplo, Die Tageszeitung, lunes 14 de enero 2008: «Folter nicht ganz ausgeschlossen», donde con grandes titulares se recoge la noticia y se incluye un comentario de su colaborador Christian Rath.

97. Günther Jakobs, *Diritto penale del nemico?*, una analisi sulle condizioni della giuridicità, en *Delitto politico* cit. nota 4, pp. 128/129 (se trata de la versión italiana realizada por Luigi Cornacchia de un artículo que Jakobs ha publicado también en Alemania y otros países y del que hay también traducción española). Como ya se ha dicho en una nota anterior, las teorías de Jakobs no han tenido un gran respaldo académico e incluso han sido rechazadas expresamente por sectores de la praxis alemana, sobre todo por los abogados defensores que en su Congreso celebrado en Frankfurt am Main en marzo del 2006 rechazaron expresamente sus planteamientos por ser contrario al derecho a la defensa y al Estado de derecho (una crónica de este Congreso se contiene en la segunda edición de mi libro «De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo» ant. cit. Recogida también en *Revista Penal* 2005). También desde el punto de vista de los medios de comunicación, la tesis de Jakobs ha sido fuertemente criticada por Prantl, *Der Terrorismus als Gesetzgeber, Wie man mit Angs Politik macht*, 2008. Recientemente, en la doctrina española, la Profesora de Derecho penal y Letrada del Tribunal Constitucional, Teresa Rodríguez Montañés en un trabajo publicado en la *Revista de Pensamiento Jurídico Teoría&Derecho*, núm. 3, 2008, p. 99 ss., bajo el título «Terrorismo, enemigos y tortura», ha denunciado este planteamiento que, en su opinión, podría incluso llevar a legitimar la tortura como medio de obtener pruebas contra los terroristas, lo que conculcaría todos los principios del Estado de Derecho, empezando por el principio *nemo tenetur*. Y como prueba de que la nulidad de una prueba derivada del empleo de tortura puede abarcar casos en los que directamente no se realiza ésta, sino simplemente no se investiga adecuadamente la denuncia que hace el presunto torturado de haber sido objeto de tortura, cita una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 2 noviembre 2004, en la que se anuló una condena pronunciada por un Tribunal español, no porque quedara probado que el demandante había sido torturado, sino porque no se investigaron adecuadamente las quejas y denuncias que éste hizo al respecto. Y en este sentido también cita una sentencia del Tribunal Constitucional español (224/2007), en la que por la vía del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24 CE, se reconoce que se viola este derecho cuando no se investigan suficientemente los malos tratos o denuncias de tortura realizadas por un detenido. Pero en lo que se refiere al hecho mismo de la tortura, Rodríguez Montañés menciona otra sentencia del mismo Tribunal en las que se anula una condena que se había basado en pruebas obtenidas mediante torturas, como por ejemplo, la 7/2004, de 9 febrero, en la que se da la particularidad de que aunque en la declaración de los detenidos ante el Juez ya no hubo torturas, el hecho probado de que sí las hubo durante la detención policial, determina la nulidad también de la declaración ante el Juez, que se hizo acto seguido de la realizada ante la policía, después de un período de incomunicación. Y es que como resalta Rodríguez Montañés (lug. cit., p. 114), lo verdaderamente destacable de esta sentencia no es que la declaración ante el juez sin tortura tenga una conexión de antijuricidad con la realizada bajo tortura ante la policía, sino que la declaración ante el juez misma es nula «en la medida en que la existencia de éstas (las torturas previamente ejercidas) impide considerar materialmente garantizadas la libertad de actuación y las posibilidades de autodeterminación del declarante».

Revista Penal

De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo

interrogatorios que practican los agentes de los servicios secretos o militares norteamericanos con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, y con ello se coloca en la situación de un Estado de No Derecho. En Alemania se emplea esta expresión, que en alemán se escribe «Unrechtsstaat», para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo, son conocidas: la Segunda Guerra Mundial, con sus casi cincuenta millones de muertos, los horrores de los campos de exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas sólo por pertenecer a otra raza. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que «el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho». Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Ausch-

witz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la Razón de Estado. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la «seguridad cognitiva», que otros llaman «seguridad nacional» o «políticas securativas», entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deje el paso libre a un Derecho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven. Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que a fuerza de pretender ser meramente descriptiva, puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la Razón de Estado. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, «el sueño de la razón produce monstruos».