



Trabajo Fin de Grado

Reflexiones sobre la prueba ilícita y los medios de prueba neurofísicos.

Autor/es

José Antonio Naranjo Puértolas

Director/es

María Rosa Gutiérrez Sanz

Facultad de Derecho
2014

Índice.

1. Introducción	3
1.2. Conceptos de la prueba en el proceso penal	4
2. Concepto de prueba ilícita	6
2.1. Posición de nuestros tribunales sobre la prueba ilícita	10
2.2. Clases de prueba ilícita	12
2.3. Prueba ilícita y prueba irregular	15
2.4. Momento de exclusión de la prueba ilícita en el proceso	22
3. Medios de prueba neurofísicos. concepto, medios, etc	27
3.1. Prueba del potencial evocado cognitivo: P300	28
3.2. Polígrafo	28
3.3. Diferencias observadas entre la prueba poligráfica y la prueba P300	33
3.4. Hipnosis regresiva o clínica	34
3.5. Suero de la verdad	34
3.6. El análisis verbo-corporal	35
4. Protección constitucional y derechos fundamentales en relación con estos medios probatorios	37
4.1. Conceptos que se extraen de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, de 29 de noviembre	37
4.2. El polígrafo y su relación con la intimidad de las personas	39
4.3. La doctrina aportada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982	40
4.4. Análisis del Auto Nº 135/2014 que versa sobre la prueba del potencial evocado cognitivo	41
5. Conclusión	45
6. Bibliografía	50

1. Introducción.

En este trabajo pretendo hacer un somero estudio del concepto que tiene nuestra doctrina de la prueba ilícita, así como de la admisión y eficacia que le confieren nuestros tribunales. Además de esta visión general de la prueba ilícita, el trabajo busca hacer un examen de la práctica de la prueba del potencial evocado cognitivo, conocida comúnmente como P300, fundamentado en la comparación con otras pruebas que suscitan dudas en relación con nuestro ordenamiento y con los derechos y libertades proclamados por la Constitución española.

La licitud de la prueba es un elemento esencial que conecta con la presunción de inocencia, ya que de la misma se extrae la necesidad de que la prueba se practique con todas las garantías y que esta sea de cargo y suficiente para incriminar al acusado y fundar por tanto la sentencia condenatoria.

En nuestro análisis partiremos de la diferencia entre el medio y la fuente de prueba, ya que será precisamente la fuente de prueba y lo obtenido lo que determinará que la prueba pueda ser utilizada de forma eficaz o no en el proceso.

A lo largo de este trabajo voy a exponer los requisitos que deben precisarse para la utilización de los distintos medios probatorios que tienen la característica de ilícitos, además de indagar en la cuestión de la posible utilización de la prueba del P300 en nuestro país como medio de investigación. En consecuencia, este trabajo intenta responder a cómo debería emplearse, bajo qué circunstancias y con qué limitaciones la prueba del potencial evocado cognitivo.

1.2. Conceptos de la prueba en el proceso penal.

Para poder afrontar los conceptos que rodean al tema que nos ocupa, es menester partir de la diferencia terminológica que existe entre dos términos que van a tener fundamental presencia en este trabajo: fuente de prueba y medio de prueba.

Cuando hablamos de fuente de prueba, nos referimos a todo aquello que se encuentra fuera de un plano jurisdiccional de donde extraemos una información que posteriormente pasará a ser relevante para la resolución del litigio. A partir de una fuente de prueba, el Juez deduce la existencia de un determinado hecho.

Mientras que, cuando aludimos a medio de prueba, no nos referimos a algo físico, sino que nos referimos a la actividad que se realiza para poder obtener de una fuente una determinada información. De esta manera podremos introducir una determinada fuente de prueba en el proceso. El autor DEVIS ECHANDÍA¹ enfoca los medios de prueba desde dos perspectivas distintas:

- En primer lugar como una actividad del Juez o de las partes, orientada a lograr en el juzgador el conocimiento de los hechos en el proceso a través de la percepción y la deducción. Podríamos situar dentro de esta acepción la confesión de las partes, la declaración de un testigo o el dictamen de un experto.
- En segundo lugar, este autor concibe a los medios de prueba como instrumentos y órganos que suministran al juez el conocimiento. Dentro de este apartado encontraríamos a los testigos, los expertos o la parte confesante, por ejemplo.

Con lo cual podemos deducir que la fuente de prueba existe con independencia del proceso, mientras que el medio de prueba se crea de cara a poder incardinarse lo que se extrae de la fuente de prueba en el proceso.

¹ DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II. Editorial ABC. Bogotá, 1984, pág. 10.

Una vez expuestas las diferencias entre fuente y medio de prueba, es posible referirnos al concepto de prueba dentro del proceso penal².

Para autores como DEVIS ECHANDÍA³, la prueba tiene una función jurídica y social. La función jurídica viene relacionada con el aspecto procesal que cumple la prueba en todo momento, sirviéndose la misma para ser prueba de unos hechos. Mientras que la función social hace referencia a que la prueba es todo aquello que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Además de estas dos funciones, es posible observar dentro del concepto de prueba un punto de vista subjetivo, pues la prueba busca producir un determinado resultado, el cual consiste en crear una determinada convicción en la mente de un Juez.

Este autor, al unir estos tres aspectos comentados anteriormente, ofrece su propia definición de prueba al establecer que es «el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso».

Por otro lado, CARNELUTTI⁴ enfoca el concepto de la palabra prueba, desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, otorga un valor originario a la prueba, haciendo referencia a su propósito de comprobación de la verdad, añadiendo que la actividad probatoria es una tarea exclusiva de quien realiza la comprobación o también a otras personas conjuntamente con el, de tal forma que se puede presentar como una actividad única o una actividad combinada. El segundo punto de vista del concepto de prueba para este autor tiene que ver con que probar significa demostrar o fijar los hechos mismos mediante procedimientos determinados y no simplemente demostrar la verdad de tales hechos, de tal forma que la comprobación de los hechos no necesariamente desemboca en la verdad de esos hechos, definido por el propio autor como «la demostración de la verdad legal de un hecho».

² Para más profundización se puede consultar entre otros a ACOSTA VÁSQUEZ, L., «Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba». *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, 2007.

³ DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal ...*, cit., págs. 7 y 10.

⁴ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982, pág. 40.

Junto a esto, también es necesario citar a MONTERO AROCA⁵, para poder determinar la diferencia existente entre la fuente y el medio de prueba. Para este autor, «con la expresión de fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso». Por lo tanto, es posible llegar a la conclusión de que «la fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él».

Algún autor⁶ distingue dentro del concepto de prueba un punto de vista objetivo y otro subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, se considera prueba todo medio que sirve para llevar al juez el conocimiento de los hechos, mientras que desde un punto de vista subjetivo se hace referencia al resultado que se pretende obtener con la prueba, esto es, al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del Juez.

A modo de conclusión podemos colegir que se llama prueba hace referencia a cualquier actividad que tenga como finalidad el buscar la verdad material dentro de un proceso, a través de la creación de un convencimiento en la figura del Juez, siempre que tal convencimiento pueda articularse a través de los medios que se prevén en nuestras leyes procesales.

2. Concepto de prueba ilícita.

Lo primero que apreciamos cuando nos acercamos al concepto de prueba ilícita es la pluralidad de denominaciones que aluden a un concepto⁷, que en inicio, aunque matizaremos esta afirmación, es único. Así la doctrina alude a prueba prohibida, prueba ilegalmente obtenida, prueba unconstitutional, prueba irregular o prueba viciada entre otras.

⁵ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*; Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 939.

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*; Dr. D. Manuel Serra Dominguez (prol.), Barcelona. José María Bosch Editor, 1999, pág. 15.

Pero como antes anunciábamos, esta diferencia terminológica supone una divergencia también respecto el concepto de prueba ilícita. En nuestra doctrina, autores como GIMENO SENDRA⁸ consideran prueba ilícita toda prueba que infringe cualquier Ley (no sólo la fundamental, sino también la legislación ordinaria), mientras que la prueba prohibida es aquella que surge con la violación de normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales. Con lo cual, este autor otorga a la prueba ilícita un ámbito de vulneración más amplio que a la prueba prohibida. Por otro lado, PICÓ JUNOY⁹ sostiene que prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, sino que la prueba prohibida va a ser la consecuencia o los efectos prohibitivos que supone la prueba ilícita, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

No sólo existe esta divergencia de opinión en estos dos autores, sino que la divergencia va a ser común en toda la doctrina, ya que la prueba ilícita supone un tema complejo y polémico de la dogmática procesal penal. Es tal la divergencia que no es posible encontrar unanimidad en cuanto a la definición exacta de prueba ilícita.

Desde una visión amplia, una parte de la doctrina¹⁰ entiende como ilícita toda prueba que atenta contra la dignidad de las personas, esto es, la prueba que atenta contra la dignidad humana. La base de esta fundamentación se encuentra en el artículo 10.1 de la Constitución española, en donde se proclama la dignidad de las personas y los derechos individuales que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social. Para esta rama de la doctrina la dignidad se erige como eje o pieza clave del concepto de prueba ilícita, cualquier medio de prueba que atente contra este derecho deviene ilícito y, en consecuencia, inadmisible.

Otro autor como MONTÓN REDONDO¹¹ considera como ilícita aquella prueba que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, esto es,

⁸ GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Edit, Colex, Madrid 1996, págs. 384-385.

⁹ PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1996, pág. 290.

¹⁰ SILVA MELERO, V., *La prueba procesal*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 69. También PERROT en DE LA OLIVA SANTOS, A., con FERNANDEZ, M., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, PPU, Barcelona, 1988, pág. 274, nota 4.

¹¹ MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, pág. 174.

aquella que se ha obtenido de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Aquí, el elemento clave que determina la ilicitud es la obtención dolosa de la fuente de prueba.

Un grupo más amplio de autores¹², identifican la ilicitud en la violación de toda norma contraria a derecho, siendo, por tanto, prueba ilícita toda prueba que atente contra el ordenamiento jurídico. No se tiene en cuenta la categoría o naturaleza de las normas jurídicas, siendo indiferente su rango constitucional o legal. Hay que destacar que dentro de esta vertiente, DEVIS ECHANDÍA¹³ define las pruebas ilícitas como «aquellas pruebas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, o aquellas que atenten contra la moral, las buenas costumbres o contra la dignidad y libertad de la persona o las que violan derechos fundamentales». Se entiende prueba ilícita como un concepto amplio, en el que se da cabida a la violación de cualquier tipo o categoría de normas jurídicas e incluso de principios generales.

En contraposición a este último posicionamiento sobre la prueba ilícita, existen una serie de autores¹⁴, entre los que se encuentra DENTI¹⁵, que entienden la prueba ilícita como aquella prueba que viola normas de rango legal, especialmente de rango constitucional. Este autor afirma que la prueba ilícita es aquella que se obtiene como consecuencia de la violación de normas constitucionales y también de la violación de normas con simple rango de ley.

Esta perspectiva amplia de la prueba ilícita también comporta aquellas normas que sirven de garantía para el acusado, considerándose como ilícita la infracción de las mismas y la práctica de la prueba al vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 de la Constitución española.

¹² VESCOVI, E., «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, núm. 2, pág. 345. También DE MARINO, R., «Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 613.

¹³ DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5^a edición, Víctor P. De Zavalía editor, Buenos Aires, 1981, pág. 539.

¹⁴ Autores como SENTÍS MELENDO, S., «La prueba en el proceso», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977, pág. 437. Así como LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, U.N.E.D., n.º4 especial, 1990, pág. 457.

¹⁵ DENTI, V., «Científicidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núm. 2-3. págs. 281-282.

Por otro lado, y desde una visión restrictiva, encontramos la concepción de prueba ilícita como toda prueba obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales. Autores que defienden esta postura, como GONZÁLEZ MONTES¹⁶, entienden que para que una prueba sea ilícita tiene que infringir las normas de mayor nivel, esto es, las normas de rango constitucional. Las pruebas que violen estos derechos no serán admisibles en el proceso¹⁷.

Los defensores de esta teoría se apoyan en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece como ilícita toda prueba obtenida con la vulneración de los derechos o libertades fundamentales recogidos por nuestra Constitución

Dentro de este posicionamiento más restrictivo, hay que diferenciar entre prueba ilícita y prueba irregular, puesto que tienen una serie de efectos y consecuencias jurídico-procesales distintas. Para ello, hay que señalar que será irregular toda prueba que no respete las formalidades exigidas por una ley procesal. Los efectos y consecuencias son distintas dependiendo de la calificación de las pruebas, ya que la invalidez de una prueba irregular no provocaría la invalidez de las pruebas que se obtengan de esta, efecto que sí se produciría en una prueba ilícita.

Por último, he de decir que ASENCIO MELLADO¹⁸ hace referencia a que la prueba ilícita es «una denominación que hace referencia a una categoría jurídica, con fundamento constitucional, que tiene su origen en la obtención de fuentes de prueba con infracción de derechos fundamentales de naturaleza material, no procesal». La prueba ilícita no es «un vicio *in procedendo*, no se refiere a derechos procesales, sino a los materiales, no exigiendo su anulación la producción de indefensión y no permitiéndose la subsanación del vicio».

¹⁶ GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales» (el derecho constitucional a la prueba y sus límites), *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, pág. 31, y más adelante insiste en que la prueba ilícita sería aquella que se ha obtenido por medios ilegítimos, es decir, según la norma del artículo 11.1 de la L.O.P.J., vulnerando derechos fundamentales (pág.36).

¹⁷ El autor mantiene que la prueba ilícita sería aquella que se ha obtenido por medios ilegítimos, es decir, según la norma del artículo 11.1 de la L.O.P.J., vulnerando derechos fundamentales.

¹⁸ ASENCIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía en los derechos fundamentales». *Diario La Ley*, 2013, núm. 8009, pág. 10.

Por lo tanto, para este autor el eje fundamental de esta prueba reside en la posición que ostentan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Al gozar de una posición preferente, estos derechos deben preservarse en todo momento, de tal forma que toda prueba obtenida como consecuencia de una infracción constitucional será ineficaz.

No existe una única definición de prueba ilícita, puesto que la concepción que se tenga de la misma va a depender de la visión que de ella se tenga, de la protección que se le conceda y de la extensión que se atribuya a sus efectos. Por esto, no podemos hablar de un concepto que pueda calificarse de superior e indiscutible.

Tras el estudio realizado, la concepción que entiendo más correcta es la que define como prueba ilícita aquella prueba que infrinja los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución española. Por lo tanto, me acerco más al posicionamiento de GONZALEZ MONTES¹⁹, comentado anteriormente, que al de otros autores. Atiendo a esta consideración, ya que pienso que una prueba que vulnere tales derechos nunca va a poder ser admisible en el proceso, mientras que una vulneración de una formalidad procesal sí que podrá serlo, sin que llegue a considerarse como ilícita. De ahí que asocie el término de prueba ilícita con la mayor vulneración de derechos que se puede dar en nuestro ordenamiento.

2.1. Posición de nuestros tribunales sobre la prueba ilícita.

Otro aspecto a analizar es la posición de nuestros tribunales sobre la prueba ilícita. En primer lugar, la S.T.C 114/1984, de 29 de noviembre, se pronuncia a favor de una concepción restrictiva de prueba ilícita, puesto que proclama, con carácter absoluto, la inadmisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Esta sentencia ensalza el valor de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento debido a su condición de inviolables. Toda prueba que vulnere estos derechos supone la ignorancia de las garantías propias del proceso, además de crear una desigualdad entre las partes e impedir que tal prueba se considere como un instrumento

¹⁹ GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La prueba obtenida ilícitamente...», cit., pág. 31.

probatorio pertinente, de acuerdo con los artículos 24.2 y 14 de nuestro texto constitucional.

Esta resolución no pretende dar una definición ni un concepto sobre la prueba ilícita, tampoco persigue establecer que la prueba ilícita se agota en aquellas pruebas que se obtienen con la vulneración de derechos fundamentales, puesto que distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales. Lo que sí que hace esta sentencia es limitar la nulidad de la prueba únicamente a las pruebas que hayan vulnerado los derechos fundamentales.

Por su parte, el Tribunal Supremo mantiene dos líneas jurisprudenciales. La primera, y mayoritaria, se posiciona en una concepción restrictiva, la cual hace referencia a que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido al lesionar derechos fundamentales. Dentro de esta línea se diferencia entre prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y la prueba irregular, aquella a la que no hay que negarle todo su valor probatorio por haberse practicado de forma irregular. El Tribunal muestra una diferenciación en cuanto al concepto y en cuanto a los efectos, siendo la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol envenenado”, la cual consiste en que si la fuente de la prueba es ilícita, todo lo que se obtenga de la misma también tendrá la misma calificación legal, únicamente aplicable a la prueba ilícita y no aplicable a la prueba irregular. Esta primera línea jurisprudencial puede observarse en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio 1993 y de 4 de marzo 1995, además de en el Auto de la Sala 2.^a T.S. de 18 de junio 1992, en donde se establece en su fundamento jurídico número cuarto que “sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales”. Por lo tanto, esta línea jurisprudencial deshecha la idea de que toda infracción de normas procesales conlleve la ilicitud de la misma.

La segunda línea jurisprudencial²⁰ seguida por el Tribunal Supremo establece una concepción más amplia, puesto que establece la ilicitud de la prueba no sólo a la violación de derechos fundamentales, sino, también, a la infracción de normas procesales. A pesar de esto, únicamente mantiene la inadmisibilidad e ineeficacia de la

²⁰ Entre otras STS de 29 de marzo de 1990 (STS 2943/1990) y 16 de diciembre de 1991 (STS 12898/1981).

prueba a los supuestos en los que la misma haya sido obtenida con la vulneración de algún derecho fundamental. En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre hace referencia a que “por prueba ilegítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”.

Esta vertiente, junto al artículo 11.1 de la LOPJ, hace que podamos concluir que la tesis que impera en España es la de que una prueba únicamente será ineficaz cuando la misma se haya obtenido como consecuencia de la violación de derechos fundamentales.

2.2. Clases de prueba ilícita.

Dentro de la prueba ilícita podemos distinguir varias clasificaciones sobre la ilicitud o no de las mismas²¹.

En primer lugar encontramos un criterio temporal o cronológico, en el que se tiene en cuenta el momento de producción de la ilicitud²². Dentro de este criterio, podemos distinguir a su vez entre ilicitud extraprocesal, si la ilicitud se ha producido fuera del proceso, y entre ilicitud intraprocesal, que es aquella que afecta a un acto procesal. Por lo tanto, observamos como la ilicitud se puede producir en el momento de la obtención de las fuentes de prueba y en el momento de la incorporación de dichas fuentes de prueba al proceso.

Hablamos, pues, de ilicitud extraprocesal cuando se ha producido un ilícito fuera del marco del proceso, cuando el ilícito se ha cometido en la fase de investigación policial y/o judicial. Esta ilicitud es la que se da con mayor frecuencia en la práctica, puesto que se pone de manifiesto en la labor de investigación de los hechos, esto es, en la búsqueda, obtención y recogida de las fuentes de prueba.

²¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba...*, cit. pág.26.

²² Vid. VESCOVI, E., «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, núm. 2, pág. 347.

Por otro lado, la ilicitud intraprocesal se pone de manifiesto cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso. Dentro de este tipo de ilicitud, el autor Pastor Borgoñón distingue entre las pruebas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos, esto es, la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, y entre las que resultan de restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso, esto es, la admisión y práctica de medios de prueba.

Un segundo criterio aplicable de prueba ilícita es la que hace referencia a las causas de ilicitud²³, la cual responde a un canon causal o material. Dentro de esta clase, es posible diferenciar varios tipos de ilicitud de la prueba, puesto que existen pruebas prohibidas por la ley, pruebas irregulares y pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales. Es posible hablar de estos tipos de ilicitud, puesto que no existe una respuesta en la ley sobre lo que es la prueba ilícita, por lo que el tener una visión amplia de la misma no se contrapone a lo establecido en el artículo 11.1 de la LOPJ, ya que este precepto únicamente declara la ineeficacia de las pruebas obtenidas con la violación de algún derecho fundamental.

Como ya he comentado, es posible encontrar dentro de esta clase de prueba ilícita diferentes tipos de la misma. El primero de estos tipos son las pruebas expresamente prohibidas por ley, consistentes en que una norma legal expresa hace que una prueba sea ilícita por sí misma si es contraria a esta previsión legal. Únicamente se recogen aquellas prohibiciones sobre pruebas que están recogidas específicamente en la ley. Si una prueba es contraria a la regulación de la ley, hará que la misma sea declarada como inadmisible.

Dentro de estas prohibiciones expresas es posible diferenciar entre prohibiciones legales de carácter general, si se refieren a un medio de prueba abstracto o general, y prohibiciones de carácter singular, las cuales van a tener un alcance mucho más limitado.

Existen una serie de prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba, en nuestro proceso penal es inadmisible la

²³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2.^º dirigidos por Manuel ALBARADEJO, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 95.

utilización de cualquier medio que limite la libertad o espontaneidad de la declaración del imputado o acusado. Esta prohibición hay que ponerla en relación con el derecho a la dignidad del acusado y a la integridad física, consagrados en los artículos 10.1 y 15 de nuestro texto constitucional.

Junto a ello, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución española, se ponen en relación con el derecho a la defensa del acusado, e impiden que el sujeto se vea forzado o inducido a confesarse culpable.

Además, el artículo 15 del mismo texto legal hace que cualquier medio probatorio o de investigación que pueda limitar o disminuir la capacidad de autodeterminación de la persona al emitir una declaración, aun contando con su autorización, esté prohibido. El motivo de la prohibición de este tipo de pruebas, como podría ser el suero de la verdad o la hipnosis, residen en que «el sujeto pierde su libertad en la declaración», tal y como se pronuncia RUIZ VADILLO²⁴ en la S.T.S, de 26 noviembre, de 1991 (STS 12748/1991): «la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el art. 15 de la Constitución Española, pero tampoco es admisible la utilización de estos medios de prueba cuando sean los propios imputados quienes lo soliciten. El ordenamiento jurídico y, con él, los Tribunales, han de velar por estos valores explícitos en la Constitución. El imputado no puede evitar a que le torturen sus interrogadores ni a que le inyecten fármacos que le sitúen en posición de carencia de libertad. En este instante ha perdido su libertad, su dignidad a la propia grandeza del ser humano. Suponiendo, por vía de hipótesis, la posibilidad de una práctica de este tipo de pruebas, si el resultado fuera desfavorable al acusado no sería aceptable porque faltaría la libertad de declaración y, siendo así, lo procedente es rechazarla de forma incondicionada».

Con lo cual, todo dato que se extraiga de este medio de prueba va a devenir como ineficaz, al ser ilícita la prueba de la que se ha extraído.

²⁴ También, la S.T.S. 22 mayo 1982 (STS 775/1982) había rechazado la admisibilidad del narcoanálisis (pentotal sódico), sin excepciones, porque, según declaraba, supondría «*un desprecio de la persona humana, en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psiquiátricos y físicos del ser humano....*». La S.T.S. 21 septiembre 1988 (STS 6361/1988) al referirse a las pruebas conseguidas violentando derechos o libertades fundamentales (art 11.1 L.O.P.J.) menciona la confesión lograda mediante narcoanálisis, con cita de la anterior sentencia de 22 de mayo 1982.

Otro tipo de causa de ilicitud son las pruebas irregulares o defectuosas, las cuales se han realizado sin ajustarse al procedimiento previsto en la ley²⁵, esto es, se han practicado sin las formalidades legalmente establecidas para su obtención y práctica. Con esta definición es posible realizar una distinción muy simple entre la prueba ilícita y la prueba irregular: será ilícita toda prueba que atente contra los derechos recogidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución, mientras que será irregular toda prueba que vulnere preceptos que no gocen de ese estatus jurídico.

Como último entramado dentro de las causas de ilicitud, encontramos las pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales. SERRA DOMÍNGUEZ²⁶ distingue a su vez entre pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita, englobándose tanto las pruebas que no están expresamente prohibidas, como aquellas en las que su realización puede atentar contra los derechos de las personas, esto es, las pruebas que vulneren alguno de los artículos 14 a 29 de nuestro texto constitucional, y pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso de forma lícita.

2.3. Prueba ilícita y prueba irregular.

Una vez expuestas las distintas visiones y posiciones que mantiene la doctrina y los tribunales sobre la prueba ilícita, así como sus clases y sus distintas concepciones es conveniente que señale lo que entiendo por una prueba ilícita.

En mi opinión, es ilícito todo medio de prueba que afecte o vulnere los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, esto es, los derechos recogidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución. No considero que formen parte del concepto de prueba ilícita aquellos vicios procesales que se dan en relación a la prueba,

²⁵ MARTÍN PALLÍN, J.A., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», *Poder Judicial*, núm. Especial VI, pág. 126, define la prueba irregular como aquella que no se ajusta en su práctica a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Vid., también, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit, Akal, Madrid, 1989, pág. 127.

²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios...*, cit., págs. 99-100.

ya que la diferencia que observo entre estos vicios y una prueba ilícita, es que los primeros pueden subsanarse, pudiendo salvar la eficacia y la admisibilidad de la prueba en el proceso, mientras que la prueba ilícita, al ser contraria a unos derechos catalogados como fundamentales por el texto legal más importante de toda nuestra legislación, el cual sirve como pieza angular de todo procedimiento, nunca va a poder subsanarse, procediéndose a la inadmisibilidad de la misma desde su apreciación.

Mi fundamentación se basa en el perjuicio creado sobre la persona, ya que un acto viciado será válido si no genera un real perjuicio. Por ejemplo, una notificación mal hecha es válida si el sujeto llegó a adquirir conocimiento efectivo del acto al que se le convocó. Por lo tanto, tal vicio en el proceso ha sido subsanado sin tener que proceder a la nulidad de ese acto.

Una prueba catalogada de ilícita va a tener que tratarse, bajo mi punto de vista, como inexistente, esto es, como si nunca se hubiese realizado. Esta consecuencia proviene del artículo 11 de la LOPJ, el cual extrae todo efecto legal a una prueba ilícita, al establecer que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Junto a ello, no hay que olvidar que ninguna prueba ilícita es subsanable, su nulidad, por tanto, se extiende a las pruebas que se deriven de la ilícita. Aunque fuente y medio no sean conceptos equivalentes, no pude significar que la ilegalidad del primero pueda formalmente ser subsanada por la legalidad del segundo de modo automático. Con lo cual, toda fuente obtenida de manera ilícita va a devenir en que el medio utilizado va a obtener la misma calificación legal. Por lo tanto, toda prueba ilícita debe ser declarada como tal desde su conocimiento para evitar que se produzcan pruebas derivadas de la misma y que, por ende, tengan la misma previsión legal.

Distinta calificación jurídica supondría la práctica de una prueba independiente a la ilícita, ya que si no existe conexión alguna entre la prueba ilícita y la independiente, no se puede poner en entredicho la validez de esta última.

La prueba ilícita es ilícita por la vulneración de la misma hacia un derecho reconocido como fundamental por nuestra Constitución. No importan los efectos ni causas, únicamente importa la vulneración o no de ese derecho.

Será ilícita toda prueba que vulnere las garantías constitucionales, sin tenerse en cuenta la buena o mala fe de los autores de esa violación, la responsabilidad, por tanto, será objetiva. Esto es así, debido a la posición privilegiada que ocupan estos derechos en nuestro ordenamiento. Por tanto, toda prueba obtenida como consecuencia de una violación de derechos fundamentales será invalida y no podrá producir efecto alguno en el proceso, ya que esa prueba deberá calificarse como ineficaz, sin poder valorarla de forma alguna por el juzgador.

En relación con los derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 29 la CE, una parte de la doctrina²⁷ distingue entre derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos.

Los primeros no pueden ser objeto de limitación alguna, aquí se encuadrarían el derecho a la vida y a la integridad física, siendo inconstitucional cualquier violación de los mismos. Violación que puede darse tanto en el momento de la obtención de la fuente de prueba, como en el momento de su incorporación al proceso, como sería el caso de que no se respetaran las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación impuestas por el artículo 24.2 CE, las cuales se encuentran relacionadas con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Los segundos no tienen tal ámbito de protección, ya que son susceptibles de restricción, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones o presupuestos exigidos por la ley, aquí se encuadrarían el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc. Aunque hay que señalar que el no respeto de estos requisitos exigidos por ley va a devenir en que la prueba obtenida como consecuencia de la violación de estos derechos fundamentales relativos sea considerada como ineficaz. Por lo tanto, en los derechos

²⁷ PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», *Revista General de Derecho*, núms. 586-587, julio-agosto 1993, págs. 7261 y ss. Además PASTOR BORGOÑÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, núm. II, 1986, pág. 349.

fundamentales relativos, habrá que observar con detenimiento las distintas garantías constitucionales, pues el respeto de las mismas va a ser el aspecto más importante.

Otro aspecto a destacar sobre la prueba ilícita es su admisibilidad y eficacia, ya que, tradicionalmente, la mayoría de la doctrina se posicionaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. El argumento esgrimido por la doctrina era la búsqueda de la verdad material como fin del proceso penal. Por lo tanto, no importaba el modo de obtención de las mismas, si habían o no vulnerado algún derecho fundamental, la búsqueda de la verdad material era el único fin que perseguía el proceso. El juez, en su afán de buscar la verdad en el proceso, podía servirse de cualquier medio probatorio que considerase oportuno para la búsqueda de la verdad. El fin justificaba la utilización de cualquier medio de prueba.

Las razones a favor de esta verdad material las daba la Sala 2^a del TS en la sentencia de 29 de marzo de 1990 (STS 2943/1990), en donde se expone que «tradicionalmente, la doctrina venía concediendo relevancia a los resultados de tales pruebas ilegítimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual».

Este pensamiento tradicional choca actualmente con lo estipulado en el artículo 11 de la LOPJ, el cual establece que será ineficaz toda prueba obtenida con la violación de algún derecho fundamental. Por lo tanto, hoy en día, cualquier prueba que se pretenda obtener o practicar en el proceso debe hacerse con un total respeto a los derechos fundamentales. Todo conocimiento jurídico debe obtenerse con el respeto de estos derechos, ya que los mismos van a suponer un límite.

Al hilo del artículo 11.1 de la LOPJ y de la eficacia o no de la prueba ilícita, el Tribunal Constitucional, antes de la existencia de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico, reconocía la posición preferente de los derechos y de las libertades fundamentales en nuestro ordenamiento, puesto que «una vez constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (artículo 24.2 de la CE), implicando

también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 de la CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales del otro» (S.T.C. 114/84, de 29 de noviembre).

El Tribunal Constitucional, ante la ausencia de una norma legal expresa, no encontró motivo alguno para declarar como inadmisible e ineffectiva aquella prueba que haya sido obtenida como consecuencia de la violación de un derecho fundamental.

Aunque, respecto de los derechos que no están considerados como fundamentales, esto es, de los derechos infraconstitucionales, el TC no hizo un pronunciamiento expreso en esta sentencia sobre las consecuencias o efectos que produciría la infracción de una norma legal ordinaria para la obtención de una prueba y su posterior incardinación en el proceso.

Esta cuestión de la prueba irregular y sus efectos produce controversia en la doctrina, ya que existen posturas que entiende que de la interpretación a *sensu contrario* del artículo 11 de la LOPJ se puede deducir que toda prueba que no vulnere un derecho fundamental debe ser admitida en el proceso. Pero esta posición doctrinal no es radical en cuanto a su planteamiento, ya que los defensores de esta teoría se basan en la ponderación de intereses para determinar cual de ellos debe prevalecer. Si la prueba se obtiene de manera ilícita, pero sin afectar a algún derecho fundamental, dicha prueba será admisible.

Una posición divergente a la expuesta en el párrafo anterior es la que mantiene LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²⁸, el cual defiende que toda prueba obtenida o practicada debe realizarse conforme a las normas legalmente establecidas. Por lo tanto, para este autor es indiferente la posible vulneración que tenga una prueba sobre un derecho fundamental, ya que si la obtención o práctica de una prueba resulta contraria a lo dispuesto por una norma de rango legal de tal forma que se infrinja cualquier tipo de derecho que nuestro ordenamiento confiere, dicha prueba pasará a ser ineffectiva. Todo ello debido al respeto del derecho a un proceso con todas las garantías, cualquier

²⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989. págs. 111, 134-135 y 141.

obtención de una prueba que vulnere este derecho, violentando o no algún derecho fundamental, va a devenir como ineficaz.

Dicha opinión no es compartida por la mayoría de nuestra doctrina, siendo la posición intermedia la solución ideal y escogida por autores como GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO²⁹, esto es, la ponderación caso por caso de los intereses en juego para saber la transcendencia de la norma infringida. De este modo, ante este conflicto el procedimiento a seguir es la ponderar la transcendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en juego. El principio de proporcionalidad y los intereses que haya en cada supuesto van a mostrar cuando una prueba va a infringir el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes³⁰.

A este respecto, la doctrina jurisprudencial de la sala 2^a del T.S.³¹ distingue dos supuestos distintos: por un lado, la ilicitud constitucional, esto es, cuando una prueba vulnere algún derecho fundamental se reconducirá al artículo 11.1 de la LOPJ, considerándose tal prueba como ilícita, y, por otro lado, la legalidad ordinaria, esto es, cuando el incumplimiento de alguna exigencia procesal ha de valorarse conforme a las reglas que regulan la eficacia de los actos procesales y el incumplimiento de las formas y requisitos precisos para tal eficacia, por lo que, tales irregularidades deben reconducirse hacia los artículos 238 y siguientes de la LOPJ, y no hacia el artículo 11 del mismo cuerpo legal, sin que esta posible nulidad impida la prueba de los hechos que se puedan demostrar mediante otra serie de métodos probatorios independientes de los practicados a través de la prueba irregularmente practicada.

Con lo cual, cuando en la obtención o práctica de una prueba se vulnere algún derecho fundamental, tendremos que reconducir tal acto al artículo 11.1 de la LOPJ, debido al estatus jurídico de ese derecho afectado. Mientras que si en la obtención de la prueba no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, pero se ha infringido alguno de los supuestos que regula el artículo 238 de la LOPJ, hay que reconducir esa infracción a dicho artículo.

²⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1990. pág. 338.

³⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad...*, cit., págs. 339-340.

³¹ S.T.S. 1 de junio de 1993 (STS 3601/1993) y S.T.S. de 30 de noviembre de 1994 (STS 7804/1994).

El que se acuda al artículo 11 o al 238 de la LOPJ tiene distintas consecuencias, ya que mientras la obtención o práctica de una prueba que haya vulnerado algún derecho fundamental se considerará como ineficaz e inexistente, además de que no se podrán tener en cuenta las distintas pruebas que se deriven de esta, mientras que la vulneración de algún precepto del artículo 238 de la LOPJ no afecta a las pruebas que se deriven posteriormente de la misma, además de que su nulidad se limita a la misma. De tal forma que si la práctica de una prueba que afecte a alguna norma procesal produce indefensión, tal prueba se considerará como nula.

Aunque, hay que señalar que es posible subsanar tal nulidad si la misma prueba se puede demostrar mediante la práctica de otros medios de prueba independientes, y totalmente válidos, que lleven al mismo resultado que la prueba calificada como irregular, de acuerdo con el artículo 243.1 de la LOPJ.

Por último, hay que hacer referencia a que la jurisprudencia³² en determinadas ocasiones ha reconocido que la prueba ilícita puede producir algún efecto indirecto, y como tal, puede constituirse en prueba de cargo contra el acusado y fundamentar un fallo condenatorio. El fundamento de tal posición reside en la búsqueda por parte de los tribunales de la verdad material.

Existen una serie de requisitos para saber si podemos hablar o no del efecto indirecto o reflejo de una prueba ilícita. El primero de los requisitos es básico, consiste en que la prueba sea ilícita en sí misma, debido a que infringe un derecho fundamental. Si no existe esta infracción de un derecho fundamental no va a existir efecto indirecto alguno. En segundo lugar debe existir una vinculación causal entre la diligencia nula y la prueba posterior a esta, de tal forma que se pueda demostrar que de la primera prueba deriva la segunda. De no existir esta vinculación causal la segunda prueba no tendrá conexión con la ilícita, por lo que será independiente de aquella.

³² La tesis conocida que se conoce como «teoría refleja» fue instaurada a través de la STC 85/1994. Además de esta sentencia, existen otras, como la STC 14/2001 o la STC 136/2000, en donde se hace referencia a la doctrina que sigue el Tribunal Constitucional acerca de las pruebas reflejas.

2.4. Momento de exclusión de la prueba ilícita en el proceso.

El instante en el que se debe dar por excluida una prueba ilícita, la cual ha vulnerado algún derecho fundamental, dentro de un determinado proceso, es un tema que ha suscitado distintas opiniones entre nuestra doctrina.

Existen autores como ASENSIO MELLADO³³ que sostienen que la prueba ilícita debe excluirse del proceso desde que se constata esa ilicitud, debido a los riesgos que puede producirse en el proceso el que esa prueba se mantenga en él. Por otro lado, autores como GIMENO SENDRA³⁴ se posicionan del lado de la actual doctrina constitucional, en la cual se mantiene que es el órgano jurisdiccional decisor el único que puede excluir del proceso una determinada prueba.

Para empezar, expondré la teoría que sostiene el profesor ASENSIO MELLADO sobre la prueba ilícita, para después poder mostrar la contestación que se dio a la misma por parte del profesor GIMENO SENDRA.

Para empezar es necesario resaltar la importancia que ASENSIO MELLADO otorga a los derechos fundamentales dentro de la organización de un país: «la adecuación del proceso penal a los valores constitucionales refleja, la realidad democrática de un país». Este autor considera que «el respeto a los derechos, su primacía por encima de otras consideraciones, la intolerancia ante agresiones injustificadas, las reacciones del ordenamiento jurídico inmediatas y firmes, son elementos que deben valorarse al punto de apreciar la vigencia real de la Constitución en un Estado».

Una vez dicho esto, he de decir que para el citado autor, la prueba ilícita, de acuerdo con el artículo 11.1 de la LOPJ, no puede producir ningún efecto en el proceso, por ello con el fin de acabar con la eficacia de la misma, es necesario que se declare como ilícita desde que se conoce que una prueba sufre de tal característica.

Para hacer valer esta teoría, el autor se sirve del artículo 240 LOPJ para poder aplicarla. De acuerdo con este artículo «el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de

³³ ASENSIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita...» *cit*, pág. 2.

³⁴ GIMENO SENDRA, J.V., «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción: contestación a la réplica del Prof. ASENSIO». *Diario la ley*, núm. 8027, 2013, pág. 4

parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

En palabras de este autor, «la nulidad de estas fuentes o de los medios mediante los que se articulen, debe ser declarada inmediatamente que sea conocida, pues lo contrario significaría mantener la eficacia en el tiempo de lo que es ineficaz y utilizarla fraudulentamente para servir de soporte a elementos derivados que, salvo un uso desproporcionado de la conexión de antijuricidad, no deben tampoco producir efectos por así disponerse legalmente».

La premisa de la búsqueda de la verdad en el proceso a toda costa, esto es, saltando la barrera que protege los derechos fundamentales, jamás puede ser válida. Nuestra Constitución, a mi modo de ver, no solo estableció unos derechos y libertades fundamentales para que se reconocieran a todos los ciudadanos, sino también a modo de límite. Por ello, cuando se rebasa ese límite y una prueba adolece de una ilicitud manifiesta debe ser declarada como tal desde el momento en el que se conoce tal condición.

Este autor anima a que «el legislador regule exactamente el marco de aplicación de la restricción en cada derecho». Una vez regulado, podremos saber los requisitos que deben concurrir para que se pueda primar la verdad sobre un derecho fundamental. Todo esto como consecuencia de las corrientes que se han creado, como por ejemplo la de la teoría de la antijuricidad, en las que prevalecen otras consideraciones sobre los derechos fundamentales, con la finalidad de que la ilicitud no se declare hasta el juicio oral, con el objetivo de que de esa prueba ilícita se puedan extraer otras derivadas que más adelante puedan ser validadas a través de esta teoría de la antijuridicidad.

Para este autor, «los medios de prueba no son independientes de la fuente», por lo tanto, una vez se conoce la ilicitud de una fuente, el medio no se puede incorporar aunque se practique conforme a las exigencias constitucionales y legales. Si la fuente es ineficaz por infringir algún derecho fundamental, ello conllevará que todo medio a través del cual se articule dicha fuente también será nulo.

«Una fuente incorporada a la instrucción obtenida con infracción de derechos, debe ser anulada inmediatamente, en tanto tal fuente así conseguida incorpora una información determinada. Trasladar esa exclusión al momento en que dicha realidad se practica mediante un medio de los establecidos en la ley, supone confundir la ilicitud fundamentada en la vigencia de los derechos fundamentales materiales, con los instrumentos que disciplinan la práctica de la prueba». El que se posponga la ilicitud probatoria al momento de la práctica del medio conllevará que se acepten pruebas derivadas de la ilícita.

Por ello, si la protección de los derechos fundamentales es primordial para un Estado, toda prueba ilícita, obtenida como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental, debe ser ineficaz, por lo que no podrá producir efecto alguno, ni podrá ser tenida en cuenta en ningún proceso, puesto que éste es uno de los principios básicos de un Estado democrático. De esta manera, es necesario que al constatarse la ilicitud de una prueba, la misma sea erradicada del proceso, con el fin de poder garantizar un proceso en el que no se pueda poner en duda el que una prueba haya sido obtenida o derivada como consecuencia de la vulneración de algún derecho fundamental.

Para finalizar con la teoría que mantiene este autor, el mismo advierte, sobre la corriente que busca el hallazgo de la verdad sin limitaciones, de que «los riesgos son tantos y las ventajas tan pocas, que debe ser muy mesurado en propuestas que, en realidad, menoscaban la eficacia de los derechos y la posición del ciudadano frente al Estado».

En contraposición con lo expuesto en los párrafos anteriores, encontramos la visión que tiene GIMENO SENDRA de la prueba ilícita y del momento en el que se debe excluir del proceso. Este autor, en respuesta a ASENCIO MELLADO, mantiene que actualmente la doctrina constitucional otorga al juez decisor la exclusión de valoración de la prueba, sin que el juez de instrucción pueda declarar la exclusión de una prueba por haber vulnerado algún derecho fundamental.

Por otro lado, este autor cuestiona la defensa que encuentra el profesor ASENCIO MELLADO en los artículos 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 13.4 del Borrador de Anteproyecto de LECrim.

Este autor hace referencia a que ASENCIO MELLADO no puede escudar su teoría en el artículo 287.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual establece que «cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes», pues el mismo, en su apartado segundo, establece que «sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba». Por lo tanto, la valoración de dicha prueba inconstitucional y la extensión de sus efectos ha de efectuarse en el juicio oral, y no en cualquier momento del proceso³⁵.

Por otro lado, respecto de la defensa materializada en el artículo 13.4 del Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, este autor reconoce que este precepto sí que es del todo acorde al pensamiento del profesor alicantino, pues el mismo artículo establece que «en cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba». Pero, el punto sobre el que muestra dudas GIMENO SENDRA es que este precepto tan solo forma parte de un texto prelegislativo, por lo que, de aprobarse, los Tribunales deberían interpretarlo en toda su extensión, sin que actualmente podamos extraer conclusión alguna del mismo.

Este autor, en segundo lugar, muestra su disconformidad respecto de la teoría de ASENCIO MELLADO, al no estar de acuerdo con que «si la fuente es ineficaz por infracción de derechos fundamentales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore al procedimiento, por constituir materialización misma de la ilicitud»³⁶. Al disentir sobre esta teoría, este autor expresa su punto de vista, al hacer referencia de que «si se infringe el derecho al secreto de las comunicaciones y no se trasladan los soportes magnéticos o electrónicos de ellas al proceso, se habrá vulnerado exclusivamente un derecho fundamental material, el del artículo 18.3 CE, el cual habrá de ser restablecido, en su caso, mediante la instauración del proceso penal por la comisión de un delito de escuchas ilegales, y, en todo caso, mediante el nacimiento de la oportuna pretensión

³⁵ GIMENO SENDRA, J.V., «La improcedencia de la exclusión de la prueba...» cit, pág. 3.

³⁶ ASENCIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita...» cit, pág. 3.

civil resarcitoria. Pero, si tales soportes se trasladan al proceso y su audición sirve de fundamento a una sentencia de condena, se habrá vulnerado además otro derecho fundamental del artículo 24 CE, esto es, bien la presunción de inocencia, bien el derecho a un proceso con todas las garantías». Por lo tanto, para este autor se trata de un *vicio in procedendo*, esto es, un vicio derivado de no haber observado correctamente las normas procesales, el cual debe denunciarse a través de alguno de los derechos contenidos en el artículo 24 de nuestra constitución.

Este autor, apoyándose en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁷, subsume el derecho a no ser condenado mediante pruebas inconstitucionales en el derecho a un proceso con todas las garantías. Por lo tanto, basándose en esta premisa, este autor, a la hora de tratar las infracciones de este derecho, procede de la siguiente manera: «tratándose *vicio in procedendo*, lo correcto ha de ser anular la sentencia condenatoria y retrotraer las actuaciones al inicio del juicio oral para que, previa acusación del Ministerio Fiscal y articulación de nuevos medios de prueba, el Tribunal de instancia pueda, bien apreciar una desconexión de antijuricidad de otras pruebas distintas a la audición de los soportes electrónicos y pueda, sobre ellas, fundar válidamente una sentencia de condena, bien, en cualquier otro caso, dictar una sentencia absolutoria».

Por último, y para finalizar con la exposición que hace GIMENO SENDRA sobre la prueba ilícita y su momento de exclusión en el proceso, el mismo cita las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 2001 (STC 149/2001), de 15 de octubre de 2001 (STC 202/2001) y de 23 de octubre de 2003 (STC 184/2003), en donde el Tribunal Constitucional «al entender que se infringe el derecho a un proceso con todas las garantías anula y reenvía las actuaciones, bien para que el tribunal de instancia dicte nueva Sentencia, bien, para que el Ministerio Fiscal, de un lado, valore si dispone, en su escrito de acusación, de otros medios probatorios no contaminados y la defensa pueda, de otro, en la comparecencia previa, aducir la ausencia de conexión de antijuridicidad de los nuevos medios de prueba propuestos por el Ministerio Fiscal en orden a obtener una sentencia absolutoria».

³⁷ Posición mantenida por este Tribunal a partir de la sentencia de 5 de abril de 1999 (STC 49/1999).

Por lo tanto, de estas sentencias podemos deducir que el Tribunal Constitucional no permite ni autoriza al Juez de instrucción eliminar del proceso las pruebas ilícitas una vez hayan sido constatadas, sino que este Tribunal se pronuncia a favor de que sea el Juez decisor el encargado de expulsar del proceso tales pruebas, ya sea «bien en la comparecencia previa, bien en la Sentencia, donde podrá declarar la inconstitucionalidad de tales pruebas, así como la extensión de sus efectos».

Mi opinión respecto a ambos artículos y sobre el momento en el cual se debe excluir una prueba catalogada como ilícita es la siguiente: cuando alguna de las partes del proceso entienda que una prueba es ilícita por haber vulnerado algún derecho fundamental debe comunicarlo al Juez, ya sea el Juez encargado de la instrucción o el Juez decisor, y una vez constatada tal ilicitud, las fuentes obtenidas como consecuencia de tal medio probatorio deben ser excluidas del proceso. Mi razonamiento se basa en la misma línea que sostiene ASENCIO MELLADO, ya que el que se prolongue la existencia de una prueba ilícita, puede conllevar a que se “contaminen” el resto de las pruebas que deriven de ella, esto es, que se propague la ilicitud a las restantes pruebas, deviniendo estas mismas como ilícitas por la misma circunstancia. Para poder solucionar este problema, lo más lógico es declarar la ilicitud, desde el momento en el que se conoce tal característica, y la posterior exclusión del procedimiento de esa prueba ilícita. De esta forma, el resto de pruebas que se obtengan se mantendrán libres de la sombra de esa prueba ilícita.

3. Medios de prueba neurofísicos. Concepto, medios, etc.

A continuación, voy a introducir, de manera general, una serie de medios probatorios que generan controversia sobre su admisión, su eficacia o validez en el proceso, para poder hablar más adelante sobre los problemas jurídicos que suscitan.

3.1. Prueba del potencial evocado cognitivo: P300

Este trabajo gira en torno a la figura de la prueba del potencial evocado cognitivo, conocida como P300, la cual tiene como finalidad, tal y como se establece en el Auto N° 135/2014 de la sección n°1 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, encontrar datos conocidos por una persona midiendo la actividad eléctrica cerebral en respuesta a estímulos determinados, de tal forma que se pueda acreditar que esa persona tiene conocimientos específicos sobre los hechos investigados.

Por lo tanto, este medio de prueba no sirve para demostrar la culpabilidad o inocencia de un determinado sujeto, pero sí que sirve para añadir o descartar información sobre el caso concreto.

Este medio probatorio, al ejercerse sobre la parte cognitiva del cerebro, es mejor practicarlo nada más cometerse el crimen, ya que cuanto más tiempo pase más influencia puede tener el sujeto, de tal forma que la información originaria del sujeto puede llegar a contaminarse. Además, como muchos otros medios de prueba, la prueba del P300 depende, en gran parte, de la actitud que tenga el sujeto hacia esta prueba.

3.2. Polígrafo

Es un medio probatorio que no detecta mentiras o verdades³⁸, sino que mide las alteraciones fisiológicas de las personas (presión arterial, ritmo cardíaco, respiración y la respuesta galvánica).

El funcionamiento de esta prueba consiste en grabar la actividad fisiológica que tiene un determinado sujeto ante unas preguntas de control, para después realizar una entrevista de preguntas con respuestas “sí” o “no”, mediante las que se grabará de nuevo su actividad fisiológica.

³⁸ ANTA, J.A., «Detección del engaño: polígrafo vs análisis verbo-corporal». *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*. 2012. núm. 19, págs. 36-40.

Como es muy difícil determinar a que se deben las variaciones fisiológicas de una persona, las pruebas poligráficas tienen que realizarse bajo unas determinadas condiciones, de tal forma que está muy limitado el lugar, el momento y el quién debe ser el sujeto pasivo de esta prueba.

Como ya he explicado anteriormente, la prueba del polígrafo se basa en el registro de respuestas fisiológicas que permite al sujeto que lo maneja, en virtud de las preguntas que formule y de las respuestas que obtiene del sujeto sometido al examen, un pronóstico sobre lo que estima son respuestas falsas o verdaderas. La duda o el problema del que adolece el polígrafo radica en el origen de las variaciones fisiológicas que recoge durante el examen que realiza el mismo, ya que el polígrafo muestra esas variaciones, pero no nos muestre de a qué se deben las mismas.

El polígrafo es admitido como prueba en países como Estados Unidos y Bolivia, primero como prueba documental, al ser la plasmación del resultado de una investigación, y, de ser admitida por el Juez, lo será como pericial en el acto de juicio³⁹, ya que el poligrafista que ha ejercido como experto de la materia en la prueba explicará en qué ha consistido la prueba al Juez, además de mostrarle los resultados obtenidos y la razón de los mismos. Además, hay que señalar que en los países en los que se admite el uso de este medio de investigación, el mismo es utilizado tanto para el imputado como para los testigos.

Existen reticencias sobre el uso del polígrafo dentro del proceso penal incluso en los países en los que se ha utilizado en varias ocasiones, como por ejemplo Estados Unidos. La duda no solo gira en torno al margen de error que tiene dicho sistema probatorio, sino también sobre debate de si en el proceso debe primar o no la verdad material sobre los derechos y libertades fundamentales.

³⁹ MAGRO SERVET, V., «¿Es admisible la utilización del polígrafo como prueba en el proceso penal?». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2007, núm. 37, págs. 25-39.

En los países que este elemento probatorio se encuentra admitido, existen una serie de requisitos que deben cumplirse para su correcta utilización⁴⁰. Tales requisitos son:

- La voluntariedad del sometimiento a esta técnica debe provenir del sujeto pasivo, esto es, su uso debe ser libre y voluntario. No cabe la imposición del sometimiento a dicho sistema.
- El que un determinado sujeto se niegue a la práctica de este medio de investigación no puede conllevar la obtención del consentimiento de forma forzada, ya sea mediante autorización judicial o bajo el empleo de otro medio, ya que de ser así se vulnerarían las garantías que se prevén en el proceso penal.
- La prueba poligráfica debe realizarse con autorización del sujeto que va a ser objeto de examen, ya sea de forma escrita o verbal.
- El examen realizado debe tener la identificación y la firma del examinador que realizó la prueba, así como del sujeto que fue examinado.
- Este medio de investigación debe practicarse en presencia del abogado defensor y, en caso de que fuera necesario, del propio juzgador.
- El examen poligráfico puede ser suspendido a solicitud del sujeto pasivo en cualquier momento.
- Esta diligencia de prueba puede ser filmada o registrada de la forma que se considere pertinente, a fin de que se pueda reproducir en el plenario si el juez encargado de enjuiciar la causa desea comprobar como se ejecutó la prueba y el uso del polígrafo.

Pero, en nuestro país el uso de este medio probatorio no tiene una extensión muy prolongada como medio de proposición de prueba, debido a las dudas que suscita la viabilidad legal de su uso y por la eficacia de los resultados de dicho elemento probatorio. La jurisprudencia ha mostrado un gran rechazo no sólo a la prueba poligráfica, sino también a otras técnicas similares a esta.

La fundamentación en la que se basa la jurisprudencia española para rechazar el medio probatorio del polígrafo, la encontramos, entre otras, en la Sentencia del Tribunal

⁴⁰ MAGRO SERVET, V., «¿Es admisible la utilización del polígrafo...?» cit, pág. 32.

Supremo 4957/2010, de 29 de septiembre de 2010, en donde se establece que «el detector de mentiras o polígrafo no puede reemplazar la función de los Tribunales de valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de publicidad, inmediación y oralidad, y que se trata de una prueba que no tiene reconocida ninguna validez en el ordenamiento jurídico español».

Este sistema de investigación no aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pero si se intentara incardinarn el polígrafo dentro del sistema probatorio español se deberían respetar una serie de garantías que se prevén en nuestro proceso penal. La garantía más importante residiría en el consentimiento de las partes, sobre todo del imputado. La autorización por parte del sujeto pasivo debería ser emitida de forma libre y voluntaria, ya que de lo contrario se estaría vulnerando un derecho fundamental.

Además, también se debería prever la asistencia del letrado de la defensa en la práctica del examen, siendo potestativa la intervención judicial en el mismo.

Por otro lado, si el examen del polígrafo se realizara ante el juez instructor, la prueba se documentaría en un acta y más tarde se convertiría en una prueba pericial, en la que el experto expondría las conclusiones que ha extraído del examen⁴¹. Al tratarse de una prueba pericial, la misma no vincularía al Juez, sino que éste aplicaría la técnica de interpretación de la pericia, de acuerdo con el segundo fundamento jurídico del Auto número 868 del Tribunal Constitucional, el cual expone que la prueba pericial ha de ser valorada por el juzgador, atendiendo a su convicción y a los criterios de la sana crítica.

Junto a ello, la prueba poligráfica debería ubicarse como prueba documental dentro del proceso, debido a que su verificación se realizaría en presencia del letrado, además de la del juez instructor si el mismo lo cree conveniente. El examen realizado podría ser grabado si fuese necesario para su posterior reproducción dentro del acto de juicio oral. Como ya he comentado anteriormente, el polígrafo es rechazado por nuestra jurisprudencia.

⁴¹ MAGRO SERVET, V., «¿Es admisible la utilización del polígrafo...?» cit, pág. 34.

La Audiencia Provincial de Soria⁴² hizo referencia a que el medio probatorio del polígrafo afecta a la libertad de declaración del imputado, puesto que es un medio de carácter técnico que afecta a la voluntad del sujeto, lo que conlleva a cuestionar, en primer lugar, su admisibilidad en función de su licitud, por poder afectar a otros derechos fundamentales distintos a los consagrados en el artículo 24 de la Constitución española, y, en segundo lugar, su fiabilidad, lo cual lleva a analizar la aceptación que ha de otorgarse al consentimiento del que haya de ser sometido a ella.

Con todo lo expuesto anteriormente cabe llegar a la conclusión de que la prueba del polígrafo se encuentra excluida como medio de prueba en nuestro ordenamiento jurídico. Su exclusión viene determinada por dos razones: la inseguridad que ofrece dicho sistema probatorio desde un punto de vista científico, pues no existe un convencimiento absoluto sobre la certeza de la utilización del mismo, y, por otro lado, por los derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución que se podrían vulnerar si tal medio probatorio se llevara a cabo.

Las dudas que ofrece este medio de prueba en cuanto a su valoración por el Juez residen en que el perito encargado de la prueba poligráfica obtiene las conclusiones de la misma en base a las respuesta físicas que extrae de la práctica de la prueba. Estas conclusiones las realiza sin que el perito designado realice algún proceso de valoración. Con lo cual podemos llegar a la conclusión de que el perito en la prueba poligráfica es un mero interprete de la misma, interpreta una serie de respuestas fisiológicas que tienen las personas que se someten a esta prueba, pero lo que no aprecia el polígrafo es el porqué existen tales respuestas. La incertidumbre de esta prueba reside en este aspecto, ya que todo ser humano tiene una serie de reacciones en unos determinados instantes de las cuales se desconoce su origen, además de que existen personas que son capaces de controlar sus emociones y, al contrario, existen otras que al someterse a este tipo de prueba muestran un nerviosismo que nada tiene que ver con la realidad, pudiendo llegar a la situación de perdida de conciencia y crear en su mente situaciones fuera de lo común.

⁴² En sentencia de 12 de diciembre de 1995, MAGRO SERVET, V., «¿Es admisible la utilización del polígrafo...» cit, pág. 36.

Todo esto hay que situarlo sobre la premisa de que ninguna persona es idéntica a otra, ya que pueden existir personas inocentes que, por el mero hecho de someterse a esta prueba, pueden presentar algún estado de crisis o alguna respuesta fisiológica extraña debido al temor que les supone someterse a esta prueba y contestar las preguntas que se les van realizando.

3.3. Diferencias observadas entre la prueba poligráfica y la prueba P300.

El fundamento de la comparación entre estos medios probatorios reside en que la prueba del polígrafo quizás sea el medio de prueba, de entre los considerados como ilícitos, que más relevancia tiene, además de que el mismo se práctica con relativa asiduidad en otros países.

Las diferencias entre el medio probatorio del polígrafo y el potencial evocado cognitivo que he observado las describo a continuación. Para empezar, he de decir que con este análisis no pretendo mostrar cual de los dos sistemas probatorios es el más idóneo, sino destacar que, bajo mi punto de vista, no cumplen las mismas funciones, ni tienen la misma finalidad.

La principal diferencia que observo entre estos dos medios de prueba consiste en la finalidad de ambas: mientras el polígrafo trata de demostrar la culpabilidad o no del sujeto pasivo, el potencial evocado cognitivo busca aportar datos nuevo en la investigación, pues el mismo medio no busca juzgar o no la veracidad de la confesión otorgada por la persona (mediante los monosílabos sí/no), tal y como hace el polígrafo, que se somete a este medio, sino mostrar la información que contiene el cerebro del sujeto sobre el caso sobre el que se le relaciona.

Por último, de otorgar una validez absoluta a ambos medios probatorios, nos encontraríamos en el siguiente escenario: en el caso del polígrafo podríamos calificar a las personas que se sometieran a la misma en base a su confesión como culpables o no culpables, mientras que en el caso del potencial evocado cognitivo únicamente podríamos llegar a la conclusión de que la persona que se someta a esta prueba tiene

una información o no sobre un determinado caso, sin poder llegar a juzgar la culpabilidad del mismo.

3.4. Hipnosis regresiva o clínica.

Este medio probatorio busca la recuperación de la memoria. Su fundamento se basa en que, en ocasiones, la mente bloquea sucesos eventuales a los que las personas no se encuentran preparados para asumirlos. La hipnosis saca ese suceso a la luz. El sujeto pasivo de esta técnica serían víctimas con lagunas, las cuales borran de su memoria una serie de acontecimientos que son incapaces de interiorizar, ya que en ese momento les causaron sensaciones o sentimientos negativos como pueden ser el temor, el dolor o la confusión.

Con la hipnosis se procura retrotraer al paciente a un momento y situación determinada a fin de liberar toda la información que el sujeto pasivo de la prueba tenga en su mente a un nivel subconsciente coadyuvando a su verbalización.

3.5. Suero de la verdad.

Consiste en una técnica de narcoanálisis, en la que se utilizan fármacos como el Pentotal Sódico, a través del cual se busca que el subconsciente quede libre. Es un medio probatorio utilizado en los interrogatorios que se encuentra aceptado en determinados países, como por ejemplo Estados Unidos. El individuo, una vez le ha sido inyectado el suero, es objeto de una entrevista.

En nuestro país las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 (STS 6361/1988), de 26 de noviembre de 1991 (STS 12748/1991) y de 22 de mayo de 1982 (STS 775/1982) muestran un claro rechazo a la confesión mediante este sistema, ya que lo consideran ilegal por la violación de derechos y libertades fundamentales, como por ejemplo la dignidad y libertad humana, consagradas en el artículo 15 de la Constitución. El tribunal se pronuncia haciendo referencia que la dignidad y la libertad humana no es negociable.

Además, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982 se hace referencia, en lo que al uso del narcoanálisis se refiere, a que: «una primera objeción obliga a entender que el uso del “Pentotal”, o de otro de los narcóticos comercializados, que no se está ante un supuesto puro y específico de confesión del inculpado, sino que su uso participa más de la técnica pericial que de la testimonial, cuando no supone una simbiosis o maridaje de ambas; pero si esta primera objeción podría salvarse mediante el juego de un criterio de apertura contrario al “numeris clausus” en los medios probatorios en aras de la consecución de la verdad material, principio cardinal del proceso penal, la falta de fiabilidad de sus resultados, los eventuales peligros que su empleo entraña, y, sobre todo, la seria objeción que supone su admisión indiscriminada, llevarían a conculcar los principios de legalidad estudiados al principio, en tanto en cuanto supondrían una forma indirecta y torticera de obtener la confesión del reo, y, a la postre porque supondría un desprecio de la persona humana en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano»

Por lo tanto, en estas sentencias se hace hincapié en que toda prueba obtenida, directa o indirectamente, como consecuencia del empleo de la técnica del narcoanálisis va a devenir como ilícita por violentar los derechos o libertades fundamentales recogidos en nuestra Constitución. La consecuencia de esto, será la exclusión de esa prueba ilícita en el proceso.

3.6. El análisis verbo-corporal.

Es la valoración de la comunicación verbal y corporal de una persona a lo largo de una serie de entrevistas⁴³. La entrevista tiene la finalidad de averiguar cómo se comunica la persona, ya sea verbalmente o corporalmente, el detectar las emociones y estados de ánimos de las personas, así como la veracidad de tales declaraciones y de un posible engaño. La suma de todo ello, esto es, los indicios que se obtengan de cada apartado, mostrará si existen incongruencias o no en la declaración de las personas, de tal forma que se pueda observar la existencia de un posible engaño.

⁴³ ANTA, J.A., «Detección del engaño: polígrafo...» cit, pág. 40.

Este análisis se va desarrollar en tres fases: la primera, consiste en analizar el comportamiento natural del sujeto, esto es, la forma habitual de comportarse que tiene esa persona en situaciones estables o normales, como por ejemplo sería cuando una persona charla de forma relajada. En la segunda fase, el elemento a analizar son las emociones del sujeto pasivo, ya que, es posible que muestre una incongruencia emocional, esto es, mostrar una emoción corporal totalmente contraria a la expresada verbalmente. El tercer aspecto que se trata para poder completar este análisis es la comunicación, ya que cuando en sujeto pasivo muestra una comunicación verbal significativamente distinta a la corporal e incluso opuesta, estaremos hablando de incongruencias verbo-corporales.

Con este análisis se busca demostrar que existen ciertas pautas corporales y verbales que nos indican que una persona esconde una determinada información o que está mintiendo. Esta conclusión se consigue a través del discurso que emite el sujeto pasivo, ya que cuando «en un mismo discurso detectamos que hay muchas emociones incongruentes, que no coincide lo que dice con los gestos que hace, que utiliza demasiados rodeos para al final no decir nada y que está mucho tiempo hablando de cosas intranscendentales en vez de contarnos lo que le hemos preguntado, es muy probable que su discurso no sea cierto»⁴⁴.

Este resultado se consigue a través de los ítems que hemos comentado anteriormente, esto es, los ítems verbales, paraverbales, faciales y corporales, además de algún posible indicio que pueda surgir a lo largo de la entrevista, tal y como podría ser el denominado “tiempo relativo”, que «es el tiempo que está un entrevistado contándonos cosas referentes a lo que le hemos preguntado con respecto al tiempo total que emplea en su discurso»⁴⁵.

⁴⁴ ANTA, J.A., «Detección del engaño: polígrafo...» cit, pág. 45.

⁴⁵ ANTA, J.A., «Detección del engaño: polígrafo...» cit, pág. 46.

4. Protección constitucional y derechos fundamentales en relación con estos medios probatorios.

A continuación, voy a exponer una serie de cuestiones acerca de la relación que existe entre los derechos fundamentales y las pruebas obtenidas como consecuencia de la utilización de los distintos medios probatorios analizados anteriormente.

4.1. Conceptos que se extraen de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, de 29 de noviembre.

Debemos iniciar este epígrafe haciendo referencia al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, de 29 de noviembre, en donde se contiene una declaración sobre la prohibición absoluta de las distintas pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental.

Esta prohibición se basa, de un lado, en la posición que ocupan los derechos fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues tales derechos ocupan una posición preferente en el mismo respecto a otros, y de otro, debido a la característica de la inviolabilidad que ostentan tales derechos. Estos dos aspectos derivan, tal y como establece la sentencia, en la «imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental».

El que no se admitan tales pruebas en el proceso es debido a la resistencia que tienen estos derechos, esto es «la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica⁴⁶». Esta garantía va a derivar en la situación de considerar como nulo y contrario a nuestro ordenamiento jurídico todo acto que sea contrario a lo establecido dentro del capítulo referente a los derechos y libertades fundamentales reconocido en nuestra Constitución.

⁴⁶ S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico nº5.

Un aspecto importante del que se habla en esta sentencia es de la ponderación de los distintos intereses que entran en juego en cada caso. La sentencia establece una encrucijada de intereses entre la verdad en el proceso y la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas garantías, establece la sentencia, «pueden ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

Por lo tanto, el aspecto importante en toda ponderación de intereses dentro de un determinado asunto, reside en la categoría que ostentan los derechos infringidos. Si los mismos ostentan la categoría de fundamentales, no va a ser posible dejarlos a un lado dentro del proceso, ni omitirlos, sino que dada su posición preferente van a ser siempre primordiales, sin que puedan ser vulnerados con el objetivo de buscar la verdad material dentro del proceso.

La declaración de ilicitud de una prueba determina que su eficacia durante el proceso pueda llegar a afectar, en primer lugar, al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, previsto en el artículo 24.2 de la Constitución, y al derecho a la igualdad de las partes en el proceso, previsto en el artículo 14 de la Constitución. Una vez constatada la ilicitud y la inadmisibilidad de las pruebas debido a la violación de algún derecho fundamental, el que se tengan en cuenta en el proceso deviene en que se ignoren las garantías anteriormente nombradas, haciendo además que haya una desigualdad entre las partes en el juicio, contrayendo al artículo 14 de la Constitución, como consecuencia de que una de las partes se ha valido en el proceso de unas pruebas obtenidas ilícitamente por vulnerar los derechos fundamentales de la otra persona.

De ahí que la sentencia recoja el término “medios de pruebas pertinentes”, dicho concepto «que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido».

Por lo tanto, de toda esta exposición realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 114/84, de 29 de noviembre, cabe finalizar con la conclusión de que toda prueba que haya sido obtenida como consecuencia de haber violentado algún derecho o libertad fundamental no puede ser admitida en el proceso, debido a que ello supondría una vulneración de lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución, al no practicarse la prueba a través de algún “medio de prueba pertinente”, lo cual conllevaría a tener en consideración la prueba en el proceso, vulnerando, a su vez, los derechos contemplados en los artículos 14 y 24.2 de la Constitución, esto es, derechos referidos a la igualdad entre las partes y a la existencia de un derecho con todas las garantías.

4.2. El polígrafo y su relación con la intimidad de las personas⁴⁷.

El descubrimiento de secretos personales no suscitan problemas si únicamente se habla de la vida privada de la persona que consiente su sometimiento al polígrafo⁴⁸. El problema llega cuando la confesión realizada a través del polígrafo afecta a terceras personas que no han dado su consentimiento ni participan de manera alguna en el uso del polígrafo. Esa confesión que afecta a terceras personas choca con el derecho a la intimidad de las mismas, pues sea verdad o no lo que se extrae de la utilización del polígrafo, si es que se puede asegurar fehacientemente en base al medio del que se extrae, no han prestado su consentimiento a que tales revelaciones salgan a la luz, por lo que ello vulneraría el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de nuestra Constitución, derecho que dado su estatus goza del rango de fundamental.

El derecho a la intimidad, en palabras de ALMAGRO NOSETE «salvaguarda el círculo de conocimiento relativo a la vida privada de cada persona y está vedado a su exposición pública según usos y costumbres comúnmente aceptados salvo que sea el propio sujeto interesado quien autorice o consienta la intromisión en ese ámbito reservado, todo ello por razones de decoro social y respeto a la dignidad del mismo sujeto como persona».

⁴⁷ En la exposición de este epígrafe utilicé un artículo del profesor ALMAGRO NOSETE en el cual se hace referencia no solo a la utilización del polígrafo en investigaciones policiales, sino también a su uso en programas televisivos que tienen el objetivo de destapar secretos de la vida privada de determinadas personas. No obstante, he considerado de suma utilidad la doctrina en el vertido.

⁴⁸ ALMAGRO NOSETE, J., «Polígrafo e intimidad». *Diario La Ley*. 2012, núm. 7834, pág. 9.

Por lo tanto, el derecho a la intimidad supone una barrera o un límite a la vida de privada de las personas, pues mientras el propio sujeto no autorice el poder hablar de ello, nadie, públicamente, va a poder tratar este tema, con o sin el empleo de terceras personas.

Este límite persiste aunque las revelaciones sobre la vida privada que se estén obteniendo a través del polígrafo sean de una persona que tenga notoriedad pública. Por lo tanto, el derecho al honor y a la intimidad del mismo no desaparecen a pesar de que esa persona goce de tal notoriedad, a menos que el mismo autorice o de el consentimiento de que se hable de ello. Así que, salvo que la persona objeto de tal vulneración de derechos haya prestado su consentimiento, dicha revelación de secretos o intromisión en la intimidad de esa persona va a suponer el que se traspasen los límites anteriormente comentados, con la consecuencia de que tal actividad va a suponer que se vulneren tanto el derecho al honor como a la intimidad de la persona.

Esta vulneración de derechos va a tener que ser examinada caso por caso, pues en algunas ocasiones estas revelaciones pueden resguardarse bajo el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución. Pero, como he comentado anteriormente, el derecho a la intimidad supone un límite a cualquier manifestación que se haga sobre la vida privada de una persona. Por lo tanto, si las manifestaciones que se realizan sobre la vida privada de una persona contienen un carácter ofensivo o humillante supondrá hacer prevalecer el derecho al honor y a la intimidad sobre la libertad de expresión⁴⁹.

4.3. La doctrina aportada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982.

Esta sentencia, extraída del artículo de VICENTE MAGRO SERVET⁵⁰, hace referencia polígrafo como una forma directa e injusta de obtener la confesión del imputado, despreciando la personalidad humana. Además, hace alusión a que a través de la utilización de este medio probatorio se pueden vulnerar una serie de derechos que

⁴⁹ En tal sentido el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 27 de octubre de 2011, de donde extrae que el Tribunal entendió que «la ponderación del carácter vejatorio y desproporcionado de los términos utilizados llevó a entender la mayor relevancia del derecho al honor sobre la libertad de expresión, pues las palabras empleadas agravian innecesariamente la dignidad o prestigio del demandante y atentaban contra su fama».

⁵⁰ MAGRO SERVET, V., «Es admisible la utilización del polígrafo...» cit, págs. 25-39.

harían inadmisible su aceptación en el proceso penal. Las reticencias que muestra esta sentencia sobre el empleo del polígrafo residen en que convertirían al imputado en un simple objeto del proceso, en un “animal de laboratorio”, debido a que se produciría una total liberación de inhibiciones que llevan a declarar lo que no se quiere y, en tanto quebrantan la inviolabilidad de la conciencia humana, se tildan de modernos medios de sustitución de tortura.

La sentencia prosigue mostrando el rechazo a todo tipo de métodos químicos, técnicos o psiquiátricos en el proceso, fundamentándose en la escasa producción de un resultado verdadero. De esta forma, se produce una imposibilidad de predicar su viabilidad, ya que científicamente no se ha llegado a admitir que emitan una verdad en términos absolutos. Todo método que mantenga al sujeto consciente no pueden calificarse como seguros, ya que los estímulos a los que reacciona el aparato ante las preguntas realizadas al sujeto no han de poder ser únicamente aquellos directamente relacionados con la causa y la culpabilidad, sino que, por el contrario, se puede tratar de otros totalmente diferentes y que pertenecen a vivencias propias de la persona sometida.

4.4. Análisis del Auto N° 135/2014 que versa sobre la prueba del potencial evocado cognitivo.

Respecto del potencial evocado cognitivo, he de decir que su uso plantea dudas sobre si vulnera o no el derecho a no declarar contra sí mismo. En relación con esto, el Auto N° 135/2014 de la sección nº1 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, anteriormente nombrado, plantea esta cuestión debido al recurso de reforma que se interpuso por la representación procesal del imputado, al entender esta parte que el Juez instructor vulneró su derecho a no declarar.

En su primer fundamento jurídico, recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional⁵¹, en donde se hace referencia a un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio de Derechos

⁵¹ S.T.C 13 de Marzo de 2006 (STC 68/2006).

Humanos. El derecho a no autoincriminarse, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”».

Por lo tanto, el Tribunal prohíbe categóricamente la utilización de cualquier medio de prueba que pueda vulnerar, de forma amplia, cualquier derecho o libertad humana.

Siguiendo con esta línea, en el mismo fundamento jurídico se hace referencia a que en nuestra Constitución sí que se menciona de forma específica los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, ya que ambos derechos se encuentran relacionados, de forma muy estrecha, con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia. Estos derechos se relacionan con el derecho a la presunción de inocencia, pues, según el mismo tribunal «la carga de la prueba no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan autoincriminación».

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico estos derechos son, tal y como establece el Auto «garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable».

Dada su instrumentalidad, dichas garantías deben respetarse de una manera absoluta, pues todo el ordenamiento jurídico debe establecerse en torno a tales garantías o derechos, no pudiendo contravenirse de forma alguna por ninguna norma.

El segundo fundamento jurídico viene a recordarnos uno de los principios del proceso penal acusatorio⁵², y es que en el mismo el imputado es un sujeto del proceso y no un objeto del mismo, por lo que hay que reconocerle la libertad en sus declaraciones. De tal

⁵² S.T.C. 15 de Junio de 2009.

forma que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa.

De este principio rector del proceso penal acusatorio, así como de los derechos que asisten al imputado, como por ejemplo el propio derecho a la presunción de inocencia, hacen que podamos deducir que no es posible tener, dentro de nuestro derecho procesal actual, al imputado como fuente de prueba contra sí mismo⁵³.

Esto hace que se renuncie a la actitud procesal del imputado como dato, tal y como se establece en el fundamento jurídico tercero, estando únicamente presente el valor informativo de sus aportaciones⁵⁴ voluntarias, y digo voluntarias, puesto que cualquier sometimiento que constriña la libertad del imputado hará que desaparezca el elemento necesario de voluntariedad en toda declaración, conllevando ello a impedir la libertad del sujeto en su ánimo de declarar, por lo que tal circunstancia devendrá en la invalidez de tal declaración.

Pues bien, en relación con la voluntariedad de declaración mencionada en el párrafo anterior, y tomando en consideración el caso objeto de este Auto, el Tribunal acordó la práctica de la prueba del potencial evocado cognitivo, en base a lo dispuesto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁵, siendo esta calificación otro tema sobre el cual hablaré más adelante, a pesar de que el imputado se mostrara, en un inicio, contrario a la práctica de la misma, ya que posteriormente, y pese a sus reticencias, el mismo se sometió a la prueba, una vez se le recordó sus derechos, colaborando activamente, actitud que denota la ausencia de un elemento de intimidación en la práctica de la prueba.

⁵³ Auto N° 135/2014 de la sección nº1 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, FJ 3. Así como S.T.S., Sala II, de 15 de Noviembre de 2012, en donde se afirma que “es bien conocido que –por influencia del pensamiento jurídico de la Ilustración- el derecho del imputado al silencio, y también la ausencia para él, cuando decidiese declarar, de un deber de decir la verdad, compendiados en la máxima *nemo tenetur se detegere*, forman uno de los principios cardinales del proceso penal de inspiración liberal-democrática”.

⁵⁴ Auto N° 135/2014 de la sección nº1 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, FJ 4.

⁵⁵ Según la Sala: «a pesar de que el citado precepto únicamente se refiere a análisis químicos y pruebas de ADN, no es lo menos que, entiende la Sala que siempre que no se constriña la voluntad del sometido a tales pruebas o se afecta a su intimidad es extensible a la práctica de cualquiera que, con inclusión de los medios técnicos más modernos, pueda arrojar luz sobre el delito investigado».

La Sala desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del imputado, entendiendo, en base a todo lo expuesto anteriormente que no existía vulneración del derecho a no declarar. La Sala, bajo mi punto de vista, entiende que en ningún momento se vulneró tal derecho, puesto que una vez informado de los derechos que le asisten por ser imputado en el proceso, esto es, conocedor de que podía negarse a la práctica de la prueba, acogiéndose a su derecho a no declarar, sin ninguna consecuencia negativa futura para su propia persona, accedió voluntariamente a someterse a la prueba del P300, colaborando en todo momento, sin mostrar ningún tipo de resistencia al personal sanitario y sin realizar conducta negativa alguna en la práctica de la prueba.

En relación con la calificación que la Sala realizó para acordar la práctica del potencial evocado cognitivo, me posiciono en la misma línea que el primer motivo del voto particular que formula el ilustrísimo Sr. D. ALFONSO BALLESTÍN MIGUEL, en donde establece que «se discrepa en cuanto a la corroboración que hace la Sala del encaje que hace la sala de tal prueba en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que menciona el auto recurrido, dado que el mismo se refiere a la práctica de análisis químicos que consideren indispensables para la investigación y a los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal encaminados a la obtención de muestras biológicas de los sospechosos para la determinación de su perfil de ADN, mientras que el objeto de esta prueba denominada P300, aplicada al imputado, tiene como finalidad la búsqueda en su cerebro de datos que interesen a la investigación; nada que ver, por tanto, con los “análisis químicos” o “el perfil de ADN” a los que da cobertura legal el citado precepto. Por tanto, considero que la posibilidad procesal de practicar esta prueba no está en lo dispuesto en el citado artículo 363, sino que habría que haberla buscado, en su caso, en el genérico artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la práctica de diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan podido participar». En mi opinión, no es posible encajar la prueba del potencial evocado cognitivo dentro del artículo 363 LECrim, pues el mismo se sirve para intentar identificar a los responsables de un determinado acto a través de la prueba del ADN, mientras que en el caso de la prueba del P300 ya conocemos al autor del hecho, siendo la finalidad de la misma el encontrar nuevos datos relacionados con el caso concreto,

por lo que sí que veo pertinente su encuadre dentro del artículo 777 LEcRim, pues esta prueba servirá como medio para averiguar circunstancias del hecho realizado.

Por otro lado, y en relación con el consentimiento necesario para la práctica de dicho medio probatorio, el motivo segundo del mismo voto particular muestra el total rechazo a que el consentimiento se pueda dar de forma verbal, siendo únicamente la forma expresa la correcta. El voto particular hace referencia a que «dado que esta prueba consiste en la búsqueda de información mediante la respuesta que da el cerebro a unos determinados estímulos, considero que si no media un consentimiento expresso, voluntario, libre e incondicionado de quien, teniendo la condición de imputado, se somete a la misma, estamos ante una contravención del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 de la Constitución Española), pues lo que se pretende con dicha prueba es, en definitiva, conseguir que “hable el cerebro”, esto es, que el sometido a ella aporte una información al margen de su voluntad».

Bajo mi punto de vista, creo que para que se pueda practicar la prueba del potencial evocado cognitivo, es necesario, como no podría ser de otra manera, que medie el consentimiento del sujeto pasivo, pero sin que tenga que ser de forma expresa, ya que si el imputado manifiesta de forma verbal que accede a ser objeto de esta prueba, no veo que se vulnere ningún derecho o libertad fundamental del sujeto pasivo, ni tampoco observo que se esté produciendo, una vez practicada la prueba, una declaración coercitiva por parte del mismo. Mientras el sujeto pasivo haya sido informado correctamente de sus derechos, y acceda de forma libre, voluntaria e incondicionada a la práctica de la prueba, no veo el motivo por el cual el consentimiento deba manifestarse de forma expresa.

5. Conclusión.

Una vez expuestas las distintas interpretaciones doctrinales sobre el concepto de prueba ilícita y sobre su tratamiento procedural y mostrada también la diversa valoración que cabe dar a los resultados de la ilicitud de la prueba por parte de nuestros tribunales, considero que es obligado por mi parte, decantarme por aquella interpretación que

considero más adecuada aunque soy consciente de la limitación de mi conocimiento sobre la materia.

En primer lugar, ya que la prueba es aquella actividad de las partes que tienen por objeto acreditar la certeza de los hechos controvertidos que fundamentan la tutela judicial solicitada en el proceso⁵⁶, esa actividad debe ser realizada acorde a las normas que el legislador haya dispuesto, ya que de lo contrario no podrá formar parte del proceso al considerarse como una prueba ilícita o irregular.

La diferencia entre ambas reside en la clase de normas que infringen, ya que, por un lado, la prueba irregular sería aquella que infringe una ley procesal, esto es, una ley que establece las exigencias que debe cumplir esa prueba para poder formar parte del proceso. Mientras que, por otro lado, la prueba lícita sería aquella que infringe un derecho o libertad fundamental, por lo tanto, una prueba que infringe alguna de las disposiciones recogidas en los artículos 14 a 29 de la Constitución española.

Creo oportuna esta diferenciación, ya que estos dos vicios van a tener un diverso tratamiento dentro del proceso y una distinta consecuencia jurídica. Así considero más adecuada la postura de aquellos que consideran que la prueba irregular, ~~en mi opinión~~, va a poder ser subsanada a lo largo del proceso para que pueda ser tenida en cuenta en el mismo, esto es, que el Juez pueda fundamentar su fallo con base a esta prueba. Frente a este tratamiento está el que se da a la prueba ilícita, que jamás va a poder ser utilizada para fundamentar el fallo de un Juez, ni va a poder subsanarse a lo largo del proceso debido a la categoría de normas que infringe.

A propósito de este aspecto sobre la prueba ilícita, me gustaría rescatar del artículo de ASENCIO MELLADO⁵⁷, una reflexión del autor acerca de la relación entre los valores constitucionales y el proceso penal: «La adecuación del proceso penal a los valores constitucionales refleja, más que otra cosa, la realidad democrática de un país. El respeto a los derechos, su primacía por encima de otras consideraciones, la intolerancia ante agresiones injustificadas, las reacciones del ordenamiento jurídico inmediatas y

⁵⁶ RIFA SOLER, J.M., RICHARD GONZALES, M., RIAÑO BRUN, I., *Derecho Procesal Civil , VII*, Ed Gobierno de Navarra. Pamplona 2006, pág.133.

⁵⁷ ASENCIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita...» cit, pág. 1.

firmes, son elementos que deben valorarse al punto de apreciar la vigencia real de la Constitución en un Estado. Todo lo que se oponga a estas consideraciones contradice el modelo constitucional aunque sea vestido muchas veces con argumentos aparentemente justificados en la necesidad de protección de valores públicos que se anteponen al respeto, al individuo, pero siempre, a lo largo de la historia, reveladores de tendencias que buscan una “eficacia” perversa, porque asientan sobre “verdades” inciertas o inadmisibles cuando debilitan la posición constitucional de la persona».

De esta manera, en ningún Estado democrático va a poder primar la verdad material sobre los derechos fundamentales dentro del proceso, ya que las garantías que se le ofrecen al imputado deben tener un carácter preferente al descubrimiento de la verdad.

Otro aspecto diferente dentro de la prueba ilícita, son las pruebas que derivan de la misma, esto es, la consideración que hay que darle a estas pruebas. En este aspecto, comparto la doctrina de que toda prueba que derive de un medio de prueba ilícito nunca va a poder incardinarse dentro del proceso. En tal sentido, si el medio de prueba es ilícito por vulnerar algún derecho o libertad fundamental, todo lo que se extraiga de la misma va a tener la misma consideración.

Otro aspecto distinto sería que esta prueba derivada se pudiera demostrar mediante otro medio de prueba distinto, esto es, por un medio de prueba totalmente lícito. Si esto es posible, la fuente de prueba no se consideraría como ilícita, ya que el soporte a través del cual se incardina la prueba en el proceso es totalmente válido.

De esta conclusión extraigo otra que viene al hilo de la misma, y es que si entendemos que todo lo que se articule a través de un medio de prueba ilícito, por vulnerar algún derecho o libertad fundamental, no va poder formar parte del proceso, lo lógico sería extraer, en cualquier momento del mismo, el medio probatorio ilícito en cuanto se constatara tal característica, pues de esta manera no se contaminarían las restantes fuentes de prueba. De lo contrario, nos encontraríamos en el escenario de tener una fuente de prueba totalmente válida que, a la hora de incardinaria en el proceso, va a considerarse como ilícita, ya que el instrumento a través del cual se incluye esa prueba en el proceso va a ser ilícito. Por ello, comparto la consideración de que, en cuanto se constate la existencia de un medio de prueba ilícito, por contravenir alguna de las

disposiciones contenidas en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución, el mismo sea excluido por el Juez que esté al mando del proceso en ese momento.

A este respecto, una prueba ilícita tiene tal consideración por atentar contra los derechos o libertades fundamentales de las personas, es ese el aspecto fundamental, y no el que la prueba no recoja las garantías que la misma necesita para poder ser incardinada dentro del proceso. Esto es así, ya que la prueba ilícita jamás podrá ser considerada como un *vicio in procedendo*, ya que la misma no se refiere a los derechos procesales que han sido vulnerados, sino a los derechos materiales, sin que los mismos puedan llegar a ser subsanados en ningún momento del proceso.

Por lo tanto, en nuestro Estado Democrático, no se puede dar el escenario de que una prueba ilícita sirva como fundamento de una sentencia condenatoria, ya que la prueba ilícita, al vulnerar derechos materiales, y no procesales, no va a poder ser subsanada a lo largo del proceso, sino que exige que sea considerada como nula en el proceso, para que pueda ser excluida del mismo.

La segunda parte de mi reflexión final se concentrará en lo extraído tras el estudio de un medio de prueba neurofísicos como es la prueba del potencial evocado cognitivo, más conocido como P300.

Antes de pasar a analizar la validez de la misma, sus requisitos o su posición respecto de nuestro proceso penal y de los principios del mismo, he de decir que esta prueba no tiene la finalidad de determinar la culpabilidad o no del sujeto que se somete a esta prueba, sino de intentar averiguar una serie de hechos o de datos relacionados con el caso.

A partir de esta pequeña noción sobre el potencial evocado cognitivo, he de decir que, bajo mi punto de vista, su utilización en el proceso no supondría la vulneración de ningún derecho o libertad fundamental del sujeto pasivo de la prueba, siempre que este sujeto haya dado su consentimiento, ya sea de forma verbal o escrita, de que se practique tal prueba. Lo considero de esta forma, ya que de esta prueba únicamente se va a poder extraer, como ya he comentado anteriormente, datos o hechos que tengan alguna relación con el caso que se está enjuiciando. De ninguna manera la práctica del

potencial evocado cognitivo va a poder hacer que el Juez fundamente una sentencia condenatoria en que de esta prueba se hayan extraído datos o circunstancias relacionados con el caso de la mente del sujeto pasivo.

Únicamente observaría una vulneración de algún derecho fundamental si el mismo sujeto es obligado a someterse a esta prueba, puesto que esta coacción supondría la vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española. Por lo tanto, el aspecto clave, no sólo en la práctica de la prueba del potencial evocado cognitivo, sino en el resto de pruebas que puedan suponer una limitación a la libertad de una persona, va a ser que el sujeto pasivo de la prueba muestre su consentimiento a la práctica de la misma.

Este consentimiento, en mi opinión, va a poder extraerse tanto de la cooperación del mismo a este tipo de pruebas, mostrando total aceptación del uso de esta prueba sobre si mismo, como consecuencia de su práctica a través del personal que la realice, además de poder dejar constancia de su consentimiento, ya sea de forma escrita o verbal.

Por lo tanto, el consentimiento pasa a ser el eje fundamental de la práctica de esta prueba, pues un consentimiento positivo por parte del sujeto pasivo de la prueba, elimina toda vulneración al derecho a la libertad e intimidad de esa persona, pues la misma ya ha consentido la intromisión en su intimidad a través de este prueba, una vez otorgado el oportuno consentimiento.

Por otro lado, y respecto de la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, no observo que, al prestar consentimiento para ser objeto de esta prueba, se vulnere tal derecho. El que un determinado sujeto preste consentimiento para ser sujeto de esta prueba hace que su voluntad de que se practique la prueba elimine su derecho a no declarar contra sí mismo.

Por lo tanto, la voluntariedad de la declaración del sujeto va a conllevar la desaparición de la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos que componen el amplio derecho a la defensa del imputado.

Por último, y en cuanto a la actual situación legal de estos medios probatorios neurofísicos, he de decir que su actual situación legislativa hace que se creen muchas dudas en cuanto a su utilización, y que la ausencia de previsión legal hace que exista una corriente más partidaria de la no utilización de estos medios de prueba. En concreto, el que no existan requisitos o condiciones para su utilización puede llegar a suponer una vulneración de los derechos y libertades de los sujetos que se deben someter a tales pruebas, ya que no se conocen los límites de su utilización. Por lo tanto, la previsión legal de estos medios, los que se consideren acordes a los principios de nuestro ordenamiento jurídico, ayudaría a poder utilizarse con cierta asiduidad, así como a respetar los derechos y libertades de las personas que se sometan a los mismos.

6. Bibliografía.

- ALMAGRO NOSETE, J., «Polígrafo e intimidad», *Diario La Ley*. 2012, núm. 7834.
- ANTA, J.A., «Detección del engaño: polígrafo vs análisis verbo-corporal», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, núm. 19, 2012.
- ASENCIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía en los derechos fundamentales», *Diario La Ley*, núm. 8009, 2013
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*. Ediciones Depalma, 1982. Buenos Aires.
- DE MARINO, R., «Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983.
- DENTI, V., «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1972.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5^a edición, Víctor P. De Zavalía editor, Buenos Aires, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II. Editorial ABC. Bogotá, 1984.
- GIMENO SENDRA, J.V., «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción: contestación a la réplica del Prof. ASENCIO», *Diario la ley*, núm. 8027, 2013.
- GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Edit, Colex, Madrid 1996.
- GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1990.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Edit. Colex, Madrid, 1990.

- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit. Akal, Madrid, 1989.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal español», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, U.N.E.D., n.º4 especial, 1990.
- MAGRO SERVET, V., «*¿Es admisible la utilización del polígrafo como prueba en el proceso penal?*», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2007.
- MARTÍN PALLÍN, J.A., «*Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*», *Poder Judicial*, núm. Especial VI.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*; Dr. D. Manuel Serra Domínguez (prol.). Barcelona. José María Bosch Editor, 1999.
- MIRANDA ESTRAMPES., M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- MONTÓN REDONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977.
- PASTOR BORGOÑÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, núm. II, 1986.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», *Revista General de Derecho*, núms. 586-587, julio-agosto 1993.
- PERROT en DE LA OLIVA SANTOS, A., con FERNANDEZ M.A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, PPU, Barcelona, 1988.
- PICÓ JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- RIFA SOLER, J.M., RICHARD GONZALES, M., RIAÑO BRUN., I. *Derecho Procesal Civil , V II*, Ed Gobierno de Navarra. Pamplona 2006.
- SENTÍS MELENDO, S., «La prueba en el proceso», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1977.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2.º, dirigidos por Manuel ALBARADEJO, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- SILVA MELERO, V., La prueba procesal, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- VESCOVI, E., «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1970.