

**La exclusión
de la prueba ilícita
en España y México**
(Estudio comparado)

Fernando Alday López Cabello

La exclusión de la prueba ilícita en España y México

(Estudio comparado)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Fernando Alday López Cabello

© 2020 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-98-5

Depósito legal: B 6567-2020

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Índice

| | |
|--|----|
| LISTA DE ABREVIATURAS | 13 |
| PRÓLOGO | 15 |
| <i>Teresa ARMENTA DEU</i> | |
| RESUMEN | 25 |
| CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN | 27 |
| I. Metodología empleada en el estudio de derecho comparado | 34 |
| CAPÍTULO SEGUNDO. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA. | 37 |
| I. Introducción | 37 |
| II. Antecedentes | 38 |
| 1. Adolf Schönke y su influencia en la regulación y tratamiento de la prueba prohibida en España | 39 |
| 2. El tratamiento constitucional de las pruebas prohibidas | 41 |
| 2.1. Previo a la Constitución de 1978 | 41 |
| 3. La Constitución Española de 1978 | 44 |
| 3.1. Derechos fundamentales en la Constitución Española. Reconocimiento, vías de limitación y su relación con el ámbito probatorio y la regla de exclusión | 44 |
| 3.2. La regulación en materia de prueba en la Constitución Española. | 49 |
| III. La STC 114/1984 de 29 de noviembre | 54 |
| 1. Antecedentes e importancia | 54 |
| 2. Análisis del contenido de la sentencia | 58 |
| 2.1. La garantía de inadmisión y su independencia del derecho fundamental vulnerado | 59 |
| 2.2. La posición preferente de los derechos fundamentales y su condición de inviolables como garantía de inadmisión de la prueba ilícita. | 60 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 2.3. | La inexistencia de un derecho fundamental autónomo que impida la admisión de prueba ilícita. | 61 |
| 2.4. | La garantía objetiva de la inadmisión de las pruebas ilícitas | 63 |
| 2.5. | Posibilidad o prohibición de la valoración de la prueba refleja o derivada y la introducción de la teoría del fruto del árbol envenenado | 64 |
| 2.6. | La aplicación del régimen de nulidad como resultado de la admisión de prueba ilícita | 66 |
| 2.7. | Las referencias a doctrina extranjera en el cuerpo de la STC 114/1984 | 68 |
| IV. | La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 | 69 |
| 1. | El Artículo 11.1 LOPJ | 69 |
| 2. | El necesario complemento al art. 11.1 LOPJ, el artículo 287 LEC. | 80 |
| 2.1. | Art. 238 LOPJ y el régimen de nulidad como vía de tratamiento para la prueba irregular | 81 |
| V. | El concepto, tratamiento y eficacia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España entre 1984 y 1998 (previo a la STC 81/1998). | 84 |
| 1. | El concepto de prueba ilícita en el sistema legal español | 84 |
| 2. | Evolución doctrinal y jurisprudencial con respecto al concepto y tratamiento de la prueba ilícita en España | 90 |
| 2.1. | El fundamento jurídico de la regla de exclusión de la prueba ilícita en España. | 91 |
| 2.1.1. | El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes | 93 |
| 2.1.2. | La presunción de inocencia | 94 |
| 2.1.3. | El derecho a la tutela judicial efectiva | 97 |
| 2.1.4. | El derecho al proceso con todas las garantías | 98 |
| 2.2. | La eficacia de la prueba ilícita según la evolución jurisprudencial en la materia | 100 |
| 3. | Tratamiento procesal de la prueba ilícita. | 109 |
| 3.1. | Supuestos de obtención de prueba ilícita en el proceso penal español. | 109 |
| 3.2. | Momento en que ocurre la ilicitud probatoria | 110 |
| 3.3. | Efectos de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita. | 112 |
| VI. | La STC 81/1998 de 2 de abril y la teoría de la conexión de antijuridicidad | 117 |
| 1. | Construcción y efectos de la teoría | 120 |
| 2. | La transición del fundamento constitucional de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida | 133 |
| 3. | Críticas a la doctrina de la conexión de antijuridicidad | 134 |
| 3.1. | La insuficiencia del argumento que afirma que los derechos fundamentales no son absolutos, argumento que facilita la aplicación de la excepción a la garantía de exclusión | 135 |
| 3.2. | La dudosa independencia del medio de prueba y la lesión del derecho fundamental. | 136 |
| 3.3. | La insuficiencia de criterios extra-jurídicos como elementos restrictivos de derechos fundamentales | 140 |
| 3.4. | La indeseable restricción del ámbito enjuiciador del TC sobre derechos fundamentales en relación a la presunción de inocencia, la inadmisión de prueba ilícita y los posibles efectos de invasión de competencias a nivel división de poderes por la vía de interpretación | 141 |

| | |
|--|-----|
| 3.5. La práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional | 142 |
| VII. Tendencias jurisprudenciales del TC y el TS en materia de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita y sus excepciones | 143 |
| 1. La excepción de la confesión voluntaria del inculpado | 143 |
| 2. La tendencial aproximación al efecto disuasorio | 148 |
| 3. El caso «Falciani» y la obtención de pruebas por terceros | 151 |
| 3.1. Puntos relevantes de la sentencia del TC sobre el caso «Falciani» | 158 |
| VIII. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la actual regulación y la perspectiva futura del tratamiento. Las propuestas de reforma a la LECrim | 160 |
| 1. La prueba ilícita y los medios tecnológicos | 160 |
| 2. El anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011 | 165 |
| 2.1. La regulación de los actos de investigación | 165 |
| 2.2. Declaración del investigado | 166 |
| 2.3. Interceptación de comunicaciones | 167 |
| 2.4. Garantías del derecho a la presunción de inocencia en relación con la prueba | 169 |
| 3. Proyecto del Código Procesal Penal español de 2013 | 170 |
| 3.1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas | 171 |
| 3.2. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información | 172 |
| 4. Las reformas a la LECrim de 2015 | 173 |
| 4.1. Detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica | 174 |
| 4.2. Medidas de investigación tecnológica | 175 |
| 5. Actual regulación y tratamiento jurisprudencial | 176 |

CAPÍTULO TERCERO. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN MÉXICO.

| | |
|--|-----|
| I. Introducción | 181 |
| II. Aproximación al proceso penal mexicano | 182 |
| 1. Breve síntesis histórica del desarrollo del Derecho Procesal Penal en México | 182 |
| 1.1. Antecedentes a nivel Constitucional | 182 |
| 1.2. Codificación en materia penal | 189 |
| 1.3. Codificación en materia procesal penal | 193 |
| 2. El Ministerio Público en México | 200 |
| 2.1. Antecedentes | 200 |
| 2.2. El desarrollo de la figura del Ministerio Público en México | 202 |
| 2.3. Elementos que distinguen las figuras del Ministerio Público mexicano y el Ministerio Fiscal español | 206 |
| 3. El Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Jurisprudencia en México | 209 |
| 3.1. El Poder Judicial de la Federación | 209 |
| 3.2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación | 209 |
| 3.3. La Jurisprudencia en México | 210 |
| 3.3.1. Las Tesis Aisladas | 215 |

| | |
|---|-----|
| III. La regulación de la prueba ilícita en México, evolución jurisprudencial y normativa | 215 |
| 1. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito jurisprudencial, casos relevantes para la formación de la regla de exclusión y su contenido | 215 |
| 1.1. El caso Acteal | 216 |
| 1.2. El caso Lydia Cacho | 217 |
| 1.3. El caso Rubí | 218 |
| 1.4. El caso Florance Cassez y la doctrina del efecto corruptor del proceso penal | 220 |
| 2. Panorama general de la evolución del concepto, tratamiento y exclusión de la prueba ilícita en el ámbito normativo. | 222 |
| 2.1. Momento previo a la adopción del sistema acusatorio. | 223 |
| 2.2. Las reformas procesales previas a la reforma constitucional de 2008. Los estados pioneros en la implementación | 230 |
| 2.3. La entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008. La creación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México | 231 |
| 2.4. La entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, la regulación adjetiva de la regla de exclusión y sus efectos. | 232 |
| IV. La actual regulación de la prueba ilícita en México | 233 |
| 1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. | 233 |
| 2. La prueba ilícita en el Código Nacional de Procedimientos Penales. | 237 |
| 3. La Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes | 241 |
| 4. La Ley de Seguridad Interior | 245 |
| 5. La prueba ilícita y los medios tecnológicos en la legislación y jurisprudencia mexicana | 247 |
| 5.1. El Código Nacional de Procedimientos Penales y la prueba electrónica | 247 |
| 5.2. La jurisprudencia relativa a la prueba electrónica. | 248 |
| V. Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el sistema procesal penal mexicano | 249 |
| 1. Momento en que se puede apreciar la existencia de la ilicitud | 249 |
| 1.1. Tratamiento previo a la fase de juicio | 249 |
| 1.2. Tratamiento en fase de juicio oral. | 251 |
| 2. Incidencia de la carga de la prueba. | 252 |
| 3. Efectos de la declaración de ilicitud | 253 |
| VI. Supuestos de excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita en México . . | 255 |
| 1. La doctrina de los frutos del árbol envenenado, el efecto reflejo o la prueba ilícita indirecta en México | 255 |
| 2. El vínculo o nexo causal atenuado | 258 |
| 3. Excepción de la fuente independiente. | 259 |
| 4. Otros criterios de excepción a la aplicación de la regla de exclusión | 260 |
| VII. Obstáculos para el adecuado desarrollo y aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en México | 260 |

| | |
|--|-----|
| 1. Un caso de estudio. El amparo directo 292/2016 de 20 de febrero de 2017 y los criterios para la valoración de la prueba ilícita en los tribunales mexicanos | 261 |
| 2. La inadvertida naturaleza jurídica de la regla de exclusión de la prueba ilícita según el derecho mexicano | 264 |
| 3. La prueba ilícita, la prueba irregular y su tratamiento por las vías de nulidad y exclusión | 265 |
| CONCLUSIONES | 269 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 277 |
| Legislación (España) | 285 |
| Legislación (México) | 286 |
| Tribunal Constitucional | 286 |
| Tribunal Supremo | 287 |
| Sentencias Audiencias Provinciales (España) | 289 |
| Jurisprudencia de órganos internacionales | 292 |
| Jurisprudencia extranjera | 292 |
| Estados Unidos de Norteamérica | 292 |
| Alemania | 293 |
| Italia | 293 |
| Documentos y recursos electrónicos | 293 |

Lista de abreviaturas

| | |
|--------------|---|
| ATS | Auto del Tribunal Supremo |
| BGH | <i>Bundesgerichtshof</i> , Corte Suprema de Alemania. |
| BGHSt | <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen</i> , Decisión de la Corte Suprema en materia Criminal. |
| BVerFG | <i>Bundesverfassungsgericht</i> , Tribunal Constitucional Alemán. |
| CE | Constitución Española. |
| CNPP | Código Nacional de Procedimientos Penales. |
| CPEUM | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. |
| DFFF | Derechos Fundamentales. |
| DDHH | Derechos Humanos. |
| DOF | Diario Oficial de la Federación. |
| ECtHR o TEDH | <i>European Court of Human Rights</i> , Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. |
| EEUU | Estados Unidos. |
| EPPO | <i>European Public Prosecutors Office</i> , Fiscalía Europea. |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil. |
| LECrím | Ley de Enjuiciamiento Criminal. |
| LGPIST | Ley General para prevenir, investigar y sancionar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. |
| LO | Ley Orgánica. |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial. |
| MF | Ministerio Fiscal. |
| MP | Ministerio Público. |
| PJF | Poder Judicial de la Federación. |
| SCJN | Suprema Corte de Justicia de la Nación. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| TC | Tribunal Constitucional. |
| TS | Tribunal Supremo. |
| UE | Unión Europea. |

Prólogo

I

La prueba ilícita ha sido, y continuando siendo, un límite que establece el propio Estado frente al comportamiento desleal en la investigación de los delitos, cuya persecución forma parte asimismo de sus fines: la imposición de penas en el caso de constatación de la comisión de los mismos a través del correspondiente proceso.

Con dicho objetivo el Estado se autoimpone un marco de actuación en la investigación y persecución de los delitos a través del cual debe respetar una serie de presupuestos y requisitos cuyo incumplimiento, según la gravedad de la trasgresión, el derecho afectado y la concreta normativa nacional o supranacional, abre un abanico de efectos negativos que conducen a la exclusión de la fuente probatoria o a la imposibilidad de valorar el medio de prueba mediante el que se incorpore al proceso.

Esta configuración enlaza directamente, por una parte, con el también deber del Estado de salvaguardar los derechos de los ciudadanos, de orden constitucional o incluidos en la legalidad ordinaria. Y por otra, paralelamente, con el hecho de que tantos unos derechos como otros, con alguna excepción puntual, no tienen carácter ilimitado, o lo que lo mismo, admiten restricciones en los términos previstos legalmente.

La convergencia de todas estas circunstancias, empezando por cómo se lleve a cabo la limitación del derecho, respetando en mayor o menor medida las previsiones legislativas y el fin de la medida o el grado de incidencia de su práctica sobre otros intereses de la investigación, o incluso con otros eventualmente superiores, conduce a evaluar el efecto de las diversas vulneraciones, que en el ámbito de los derechos fundamentales se extiende a la exclusión de la fuente

o medio probatorio, mediante ponderar el conjunto de circunstancias a través de instrumentos como el principio de proporcionalidad, a la hora de justificar o no la citada exclusión.

Todo sin olvidar la concurrente existencia de «reglas atemperadoras» de las eventuales limitaciones ilegítimas de los derechos, que esencialmente en el plano de los derechos fundamentales, buscan salvar el fruto de determinadas investigaciones sin tener que llegar al devastador efecto de la exclusión de las fuentes directa e indirectamente obtenidas.

El conjunto de estos elementos y la relevancia final que pueda acarrear para la labor investigadora, la consecución de la persecución de los delitos y la salvaguarda los derechos de los ciudadanos sitúa al Estado ante un equilibrio no siempre fácil de alcanzar y explica el amplio abanico de técnicas legislativas adoptadas en muchos ordenamientos, así como la dificultad de alcanzar reglas generales que conformen un mínimo común denominador susceptible de inspirar muchos ordenamientos.

Como enfocar ambos elementos en tensión se ha afrontado de manera diversa en los sistemas europeos (incluyendo Gran Bretaña) donde la ilicitud probatoria conecta la búsqueda de la verdad y la persecución penal y los límites objetivos que cabe exigir en su consecución. Mientras que en el *adversarial system*, por el contrario, la doctrina sobre la «exclusionary rule» se centra en contener los posibles abusos que puedan producirse por parte de los responsables públicos, a través del conocido como «deterrent effect» del quehacer de la policía. Este hecho ha subrayado la existencia de un elemento subjetivo, en la medida en que las actividades de investigación de los sujetos privados siempre que no actuasen al servicio de la policía, quedaba fuera del ámbito de aplicación de la exclusión probatoria, que sólo se extendía a los sujetos públicos encargados de la investigación de los delitos.

Sobre ambos aspectos se ha producido variaciones en ambos modelos. Al otro lado del Atlántico la sentencia *Hudson vs Michigan* inició una deriva que cuajaba una línea crítica en torno al coste de la regla de exclusión, no por casualidad en la época en que se incorporaron los jueces Roberts, Alito y muy singularmente Thomas y Scalia a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. A partir de dicha sentencia (de la que fue ponente el juez Scalia) arrojaron las críticas a la regla de exclusión por el coste excesivo que supone si se pondera el efecto disuasorio y el devastador efecto de la exclusión probatoria, y porque, además, no se ha demostrado la eficacia disuasoria, que sí se consigue, en cambio, mediante otros medios como una mejor formación a través de la correspondiente indemnización por la vía civil. Esta tendencia fue después confirmada por la sentencia *Herring vs US*, referida a la mayor

amplitud a la hora de aplicar la «good faith exception», impidiendo la exclusión probatoria.

En Europa, en un panorama más fragmentado y en el seno del cual me ceñiré a España, a partir de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 114/84 la inadmisión de pruebas obtenidas ilícitamente se entendía como garantía constitucional objetiva de nuestro sistema de derechos fundamentales, limitándose eso sí a esta categoría de derechos. En ella se señalaba, que no se constituía así un derecho fundamental autónomo a la no recepción de pruebas de posible origen antijurídico sino que *se trata de la expresión de una garantía objetiva implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos (...)*.

La STS 471/2017, de 23 de febrero ha supuesto un giro inesperado en la doctrina sobre prueba ilícita que se ha visto corroborado por la STC (Pleno) de 16 de julio de 2019. En este conocido caso de robo de la renombrada «lista Belarmino Falciani» (donde figuraba una ingente información bancaria sobre titulares de fondos gestionados por la entidad suiza HSBC), sustraída por un empleado de la entidad, y a través de cuyo conocimiento se iniciaron múltiples procesos por delito fiscal, en el seno de los cuales se denunció su procedencia ilícita, se alegó que su origen ilícito impedía su valoración como elemento de cargo para una sentencia condenatoria. En la resolución, a caballo de diversas resoluciones de tribunales belgas, franceses, italianos y alemanes, y del propio TEDH, con argumentos diversos, se llegaba a una conclusión favorable a la validez de dicha lista, incorporando una serie de pronunciamientos en torno al carácter privado del sujeto que vulneró el derecho fundamental en cuestión, consideración subjetiva que hasta la fecha se había negado en atención al carácter objetivo de la protección del derecho fundamental que se incorporaba en la doctrina sobre la prueba ilícita. En tal sentido, el Tribunal Supremo afirmó *la posibilidad de valorar una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas (...)* ya que *la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito*. Sin perjuicio de reconocer expresamente que *son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTs 239/2014 1 de abril; 569/2013, 26 de junio, 1066/2009, 4 de noviembre, entre las más recientes), aunque no falten alguna, minoritaria, en la falta de preconstitución probatoria por el particular lleva a admitir la validez de la prueba cuestionada (STS 793/2013 de 28 de octubre)*. Para concluir, sorpresi-

vamente, que: «El razonamiento que da vida al fundamento jurídico precedente (sic: donde se contienen las consideraciones sobre el carácter privado o no del agente vulnerador del derecho fundamental) no busca formular una regla con pretensión de validez general», ni tampoco la incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular, aseverando, también que el ciudadano tiene que recibir el mensaje de que no podrá valerse de aquello que ha obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos fundamentales de un tercero, para concluir, que habrá que acudir a las circunstancias del caso concreto.

No es este, con todo, la única relativización ni el único frente novedoso abierto a raíz del pronunciamiento comentado. Precisamente la relativización de la tutela del derecho fundamental vulnerado que conlleva ponderar en cada caso, resulta la clave acogida por el Tribunal Constitucional en su decisiva resolución de 2 de julio de 2019, en la que en palabras propias «sienta doctrina» en torno a la prueba ilícita por primera vez, pese a no abundar en mayores consideraciones en torno a la relevancia o no del actuar ilícito de un particular. A través de una serie de resoluciones propias establece las siguientes reglas interpretativas: a) la inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado, b) la pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo y c) la violación de las garantías procesales del art. 24 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo. *Item más* el propio TC recoge los elementos para afrontar el juicio ponderativo: 1) Determinar la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios y 2) el ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo o equitativo. Ocurre, que en esta ponderación se ha pasado de una hermenéutica en la que la vulneración del derecho fundamental, en sí misma, *no era ponderable por tener un carácter objetivo no ponderable por estar implícito en el derecho constitucional y en el art. 24.2 CE*, a otra —iniciada ya por la STC 81/1989, de 2 de abril— que trasladó la garantía constitucional al plano de la legalidad ordinaria en la que lo esencial no era la consecuencia objetiva de violar el derecho, sino que se subordina desde la perspectiva del «proceso justo», y supedita la violación del derecho a los que se utilicen instrumentalmente como medios de investigación que lesionen la igualdad de las partes y su derecho al proceso justo, para disuadir a los órganos públicos de realizar actos contrarios a los derechos fundamentales a fin de obtener una ventaja procesal.

Así, lo relevante no es el derecho sino el comportamiento del infractor, su intención o el estado de las cosas. O en otros términos, sólo será nula la prueba admitida cuando afecte al derecho a un proceso justo o equitativo, de otra manera, parece, aun existiendo vulneración, de no afectarse al proceso justo o equitativo no acarreará la exclusión. La clara incidencia de los pronunciamientos del TEDH (Sentencia de 6 de octubre de 2016 *K.S y M.S c. Alemania*) y de la más reciente lectura de principio de proporcionalidad, sobre los que resulta imposible profundizar en esta sede, ha derivado en una situación en la que la protección objetiva del derecho fundamental a través de la doctrina sobre la prueba ilícita, parece verse en entredicho.

II

La obra que se presenta es fruto de una celosa investigación orientada a elaborar una tesis doctoral, objetivo alcanzado con tal éxito que recibió el «Premio Extraordinario de Doctorado» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona del año 2019. No terminó ahí el trabajo del profesor Alday sino que siguió adecuando su investigación para encontrar pautas interpretativas que pudieran servir, tanto en el ordenamiento español como en el mexicano, que ha sido objeto de una profunda reforma de su modelo procesal penal, en el que la regla de exclusión precisamente está necesitada de un profundo análisis crítico, que el autor lleva a cabo solventemente.

Esta posición bifronte conduce a que su trabajo tenga dos partes diferenciadas. En la primera se analiza la regla de exclusión que acarrea la ilicitud probatoria en España a través de las diversas fases que se han ido definiendo históricamente: El tratamiento constitucional de la prueba prohibida antes de la Constitución de 1978, la incidencia de la Norma Suprema, especialmente en lo relativo a la consagración de diferentes tipos de derechos fundamentales, y las posteriores precisiones del Tribunal Constitucional, que en un ejercicio de «posibilismo» delimitó la aplicación de la regla de exclusión a la existencia de vulneración de algún derecho fundamental, remitiendo a la nulidad probatoria y la irregularidad, la respectivamente, la quiebra y vulneración de la legalidad ordinaria, a tenor de la relevancia del daño ocasionado al limitar el derecho de que se trate. Panorama en el que destaca la denunciada ausencia de una configuración normativa suficiente sobre los presupuestos y requisitos que debían concurrir para limitar válidamente los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, lo que condujo inexorablemente al Tribunal Constitucional, en una nueva manifestación de guiar al legislador procesal penal, a señalar en la conocida Sentencia 114/ 1984, de 29 de noviembre todo un cuerpo de doctrina que el profesor Alday recoge y analiza de manera completa y suficientemente ilustrativa.

No acaba ahí la evolución y el tratamiento de la regla de exclusión en España. Entre 1984 y 1998 se observa otro periodo que culmina con la también importante resolución del Tribunal Constitucional 81/1998 que desarrolló la conocida, tan utilizada y asimismo criticada «teoría de la conexión de antijuridicidad» en virtud de la cual, y en términos del propio Tribunal Constitucional en la ya citada STC de 16 de julio de 2019 *se utilizan dos parámetros fundamentales para evaluar el nexo determinante de una necesidad específica de tutela dentro del ámbito procesal: el parámetro del control llamado «interno» exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la «índole, características e intensidad» de la violación del derecho y el parámetro de «control externo» que exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal.*

Esta tesis es analizada críticamente por el profesor Alday, a la par que otras «fórmulas» que atemperan o diluyen el efecto excluyente en atención a la existencia de «confesión voluntaria del acusado», el «descubrimiento inevitable» y más recientemente, como ya se adelantara al inicio de éstas líneas, la incorporación del «efecto disuasorio» en la STS 116/2017, de 23 de febrero (caso Belarmino Falciani).

Pero el objetivo era de mayor alcance. Terminado este análisis y como se ha adelantado, los resultados se proyectaron sobre el reciente reformado Código Procesal Mexicano, cuya implementación completa se ha desarrollado a través de la «Reforma Constitucional», de 18 de junio de 2008 que abrió la puerta a un proceso de implementación del Código Procesal penal federal iniciado en 2008 y culminado en 2016, tras la publicación del *Código Nacional de Procedimientos Penales* de 5 de marzo de 2014, culminando la reforma que ya habían iniciado otros Estados como Oaxaca mediante *Código procesal penal acusatorio para el Estado (CPPA)* de 9 de septiembre de 2006, Chihuahua (CPPA de 9 de agosto de 2006), Morelos (CPPA de 22 de noviembre de 2007) y Estado de México (CPPA de 25 de junio de 2008) que culminó ocho años después en 2016 terminada la «vacatio legis» contemplada en la «Reforma Constitucional de 2008».

El *Código Procesal Penal federal* no incorporaba inicialmente ninguna regla relativa a la «cláusula de exclusión probatoria», al contrario de los Códigos de Chihuahua, Oaxaca y Estado de México, como se analiza a lo largo de la monografía. Sin embargo, la reforma constitucional de 2008 incluyó la regla de exclusión en su artículo 20, con una fórmula positiva que reporta beneficios al procurar el equilibrio de derechos.

Como señala el autor antes de la materialización constitucional de la regla de exclusión dos casos relevantes pusieron de manifiesto la necesidad de

ofrecer una formulación positiva de la misma. En primer lugar, el «caso Acteal», seguido del «caso Rubí», que gracias a la amplia difusión mediática de la que fueron objeto pusieron de relieve los riesgos que acompañan a la ausencia o aplicación ineficaz de la regla, respectivamente. Otro caso posterior, el «caso Cassez», centrado en la elaboración ilegítima de «pruebas» por parte del propio órgano investigador, permitió elaborar el conocido «efecto corruptor», generando una doctrina de indudable interés, no solo para México.

El análisis del doctor Alday no es un análisis complaciente. Muy al contrario, se centra en detectar las debilidades del modelo, como por ejemplo, las dificultades para formular excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, por estar incorporada en el texto constitucional, circunstancia que parece se irá corrigiendo en el futuro. O el desarrollo de la legislación complementaria, claramente insuficiente y agravada por la ausencia de un auténtico cuerpo jurisprudencial de resoluciones, que como ha sucedido en España, arrojen luz (o sombras, ocasionalmente) en la hermenéutica de su aplicación. Amén de otros aspectos de indudable interés y actualidad, centrados en la necesidad de diferenciar entre prueba ilícita y prueba irregular o incluir herramientas para facilitar el tratamiento de las peticiones de exclusión probatoria e implementar satisfactoriamente la revisión «ex officio», se aventura a proponer un desarrollo completo y útil de la regulación derivada de la regla de exclusión contenida en el art. 20 CPEUM, gran reto que permitiría consolidar la transición alcanzando un sistema garantista efectivo.

Es en éste último aspecto en el que el análisis comparado alcanza todo su sentido y enriquece el ámbito del conocimiento, y no únicamente en el plano geográfico. La experiencia española con sus claroscuros y su evolución constante sirven de parámetro cuando menos ilustrativo de aciertos a considerar y errores a evitar. No en vano tanto el modelo español como el mexicano tomaron como parámetro, al menos originariamente, el sistema norteamericano de tratamiento de la prueba ilícita, pese a la paradoja de encontrarse prácticamente en vías de extinción en su lugar de origen. Sin embargo, y aun así, el contraste comporta, además, incorporar la incidencia de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con las ventajas y defectos que de ello se deriva; algo que puede servir también para el paralelismo con la Corte Interamericana y México.

III

De la obra al autor. Fernando Alday se licenció en la Universidad Autónoma de Guadalajara (México) en 2010.

Posteriormente ha realizado estudios de posgrado especializados y maestrías entre 2011 y 2013 en derecho penal y derecho procesal penal. Ha asesorado directamente la implementación del nuevo Código Procesal Penal en Tabasco, siendo el primer docente certificado, por evaluación del Órgano Implementador Nacional, en el Estado de Tabasco (México).

Durante los años 2011 a 2013, fue Director de Capacitación, Difusión y Reorganización Institucional del Órgano encargado de aplicar la reforma en el Estado de Tabasco (México), siendo designado en 2014 «Profesor Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas» (México).

En 2014 inició la tesis doctoral bajo mi dirección, disfrutando de una BECA FPI que culminó con su defensa, como *tesis con mención internacional*, en mayo de 2018, con un tribunal formado por los profesores Nataren Nandayapa, Gascón Inchausti y el fiscal del Tribunal Constitucional, Tirado Estrada, que otorgaron la máxima calificación (Cum Laude), posteriormente reconocida, como ya se ha dicho, con el «Premio Extraordinario de Doctorado» en 2019.

Su acervo investigador se ha perfeccionado con estancias de investigación en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* en 2015, en la *Facultad Roma III* en 2017 y la participación en seminarios como el JURECRIPRO Workshop, celebrado los días 12 y 13 de junio en la Universidad de Gdansk en el marco del *Proyecto europeo «Effective defence rights in criminal proceedings: a European and comparative study on judicial remedies»*.

Fruto de unos y otros son la publicación de dos artículos «Problemas de admisibilidad de la prueba. La prueba obtenida por particulares con violación de derechos fundamentales en el sistema jurídico español, obstáculos y propuestas para su admisibilidad y exclusión» en *Revista Justicia*, junio 2019, pp. 475-508 y «El concepto de prueba ilícita, un estudio comparado entre la realidad norteamericana, española y mexicana» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2019, vol. 31, número 2, pp. 87-105.

Entre sus más recientes publicaciones, se encuentra el libro «La Vinculación a Proceso en el Sistema Procesal Penal Mexicano», publicado con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Chiapas, en enero de 2019.

Actualmente es el Secretario Técnico de la *Fiscalía Especializada en Combate a la corrupción* en el Estado de Tabasco (México) e imparte docencia, como profesor, en la Universidad Autónoma de Guadalajara.

IV

La obra que tiene el lector en sus manos ofrece un cumplido análisis de un tema complejo que está lejos de ofrecer una lectura única, circunstancia que revaloriza su contenido, incrementado además por el hecho de proyectarse sobre dos modelos procesales de cuya comparación sólo puede surgir un resultado mejorado.

A través de su lectura, el lector accederá a la doctrina y jurisprudencia adecuadamente actualizadas, destacándose los casos que han tenido una mayor relevancia a uno y otro lado del Atlántico, comentados críticamente. Estos aspectos y los ya mencionados anteriormente resultarán de gran utilidad tanto a los académicos, como a los abogados, jueces o fiscales de los dos marcos geográficos. Disfrútenla.

En Girona, a 15 de noviembre de 2019

Teresa ARMENTA DEU
Catedrática de Derecho Procesal

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo delimitar el origen y desarrollo de la regla de exclusión de la prueba ilícita en el sistema legal español. Esta regla, creada a partir de la interpretación de la *exclusionary rule* estadounidense y la interpretación de la doctrina alemana de las prohibiciones probatorias, se ha desarrollado a lo largo de más de 30 años en España, tiempo suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia le hayan formado de una manera particular a través de la práctica, dotándole de una regla de interpretación propia, la denominada conexión de antijuridicidad. Esta tradición y larga trayectoria destaca por su particular estructura, a la par que continúa una tendencia de actualización apegada al desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Por otro lado, los retos que presenta el actual tratamiento de la regla de exclusión, relacionados a los medios de investigación tecnológicos, se vislumbra como el gran obstáculo a sortear, a efectos de encontrarnos en condiciones de determinar el futuro de la aplicación de la regla. Esta invaluable experiencia, es de obligado estudio para los juristas mexicanos, quienes sienten especial apego al sistema jurídico español, dada la estrecha relación entre ambas tradiciones jurídicas, ligadas desde el origen común del derecho colonial. Si bien el sistema procesal penal en México sufrió un cambio drástico en 2008, la experiencia y articulada doctrina española deberá resultar muy útil en el desarrollo de la relativamente nueva regla de exclusión, ubicada en el texto constitucional mexicano, dotando al derecho de este país de una estructura sólida para el adecuado desarrollo de esta teoría.