

Prólogo

Una de las “claves del proceso penal” es, sin duda, el Derecho probatorio. En esta materia no todo vale. La búsqueda de la verdad no se puede llevar a cabo a toda costa y de forma ilimitada. Desde que se abolió la tortura no sólo como forma de castigo, sino como medio para la obtención de pruebas, y las primeras constituciones y leyes procesales decimonónicas establecieron estrictas reglas, controladas judicialmente, para la entrada en el domicilio y el registro de documentos, la obtención de pruebas en el proceso penal se sometió a una serie de requisitos que también limitaban la valoración que de las mismas, en conciencia y de forma independiente, pudiera hacer el juzgador.

Esta evolución se culminó con la introducción, primero por vía jurisprudencial, y luego con su acogida en normas legales, de la prohibición de origen norteamericano de utilizar el fruto del árbol envenenado; es decir, de valorar cualquier dato derivado de una prueba obtenida ilegalmente.

El que con ello pueda quedar impune algún delincuente, es el precio que hay que pagar para salvaguardar derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad o a la libertad, reconocidos tanto en las convenciones internacionales, como en las constituciones y textos procesales de cualquier país cuyo Estado aspire a la calificación de Estado de Derecho.

Sin embargo, en los últimos tiempos este marco jurídico básico, que, a pesar de sus imperfecciones y de las violaciones

sufridas en los regímenes dictatoriales, se ha mantenido durante casi dos siglos, se ha ido debilitando hasta el punto de que a veces no es más que una vaga referencia teórica sin apenas valor práctico.

Son muchas las causas de este debilitamiento. Algunas de ellas relacionadas con las grandes amenazas características de nuestro tiempo, como el terrorismo, el crimen organizado o el narcotráfico a gran escala, han provocado una práctica en la que el afán por combatirlos eficazmente ha dado lugar a un “Derecho procesal penal del enemigo”, en el que las “prohibiciones probatorias” son soslayadas con uno u otro pretexto, admitiendo y valorando como pruebas datos o informaciones obtenidas incluso mediante torturas y procedimientos violatorios de la dignidad humana.

Pero también el progreso técnico y el avance científico han posibilitado la obtención de pruebas con medios más sutiles, que, sin embargo, utilizados sin respetar las estrictas reglas que los regulan, igualmente violan derechos fundamentales.

Entre todos estos modernos medios probatorios, es, sin duda, el empleo de escuchas telefónicas y grabaciones audiovisuales para captar conversaciones y actos de la más estricta intimidad de las personas lo que más problemas está planteando en relación con su forma de obtención y su posterior valoración por los tribunales de justicia.

Es precisamente de esto de lo que se ocupa en la excelente monografía que tengo el honor de prologar, la magistrada y codirectora de esta colección, Marcela De Langhe. Siguiendo la línea ya marcada en los dos primeros volúmenes por Claus Roxin y por mí mismo, Marcela De Langhe pone de relieve ya desde la Introducción las contradicciones existentes entre el derecho fundamental a no autoincriminarse y no declarar contra uno mismo y la posibilidad de que una conversación o cualquier acto de la intimidad grabado alevosamente, sin consentimiento y sin ningún tipo de garantías ni control judicial, pueda ser utilizado como prueba en un proceso penal. El que a pesar de ello pueda admitirse, en algún caso concreto y particularmente grave, la validez de una prueba obtenida in-

fringiendo este derecho fundamental debe considerarse como algo excepcional y someterse, en consecuencia, a estrictos requisitos fijados previamente por ley, tanto de carácter material, basados principalmente en la proporcionalidad, en función de la gravedad del delito que se investiga, como de carácter formal, destacando sobre todo la intervención judicial tanto a la hora de autorizar la grabación, como a la hora de decidir qué parte de lo grabado puede ser utilizada como prueba, la motivación, la forma en que debe realizarse, la duración de la misma, etcétera.

Esta idea básica tropieza desgraciadamente en la mayoría de los países con una ausencia de regulación legal específica que deja en manos del Poder Judicial los casos en que se puede admitir y valorar estos medios de prueba. Y la verdad es que, como demuestra Marcela De Langhe con el análisis exhaustivo de la jurisprudencia tanto nacional argentina, como extranjera, principalmente alemana y norteamericana, ello ha generado una serie de resoluciones contradictorias, vinculadas a una casuística que dificulta la elaboración de unas reglas generales.

Pero tampoco la legislación ad hoc que en los últimos años ha surgido en muchos países para regular este tipo de cuestiones está exenta de objeciones, adoleciendo, como ocurre con la llamada “Ley Espía” argentina, de defectos estructurales evidentes e incluso de una sospechosa tendencia a dar grandes márgenes a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos y de la seguridad del Estado, en perjuicio de algunos derechos fundamentales del ciudadano.

En efecto, como pone de relieve la autora de esta monografía, la “Ley Espía” argentina no sólo no ha resuelto satisfactoriamente el problema, sino que ha venido a complicarlo innecesariamente, al obligar a los proveedores y empresas de telecomunicaciones a guardar durante un plazo de diez años las comunicaciones tenidas por particulares a través de los medios telefónicos, fijos o móviles, y telemáticos (Internet, e-mails, etcétera), dejando al arbitrio de las autoridades gubernamentales, con un débil y vago control de la autoridad judi-

cial o del Ministerio Fiscal, la decisión de recabar información no sólo sobre las comunicaciones habidas, sino también de su contenido. La vigencia de esta ley tuvo que ser suspendida ante las protestas de la opinión pública y de las empresas de telecomunicaciones, y aún así generó un recurso de inconstitucionalidad que fue declarado en diversas instancias judiciales hasta llegar a la Corte Suprema.

En opinión de Marcela De Langhe, esta ley es una prueba evidente de hasta dónde puede llegar, si no se le oponen algunos límites, el ojo avizor del “Gran Hermano” estatal, en su afán por controlar prácticamente los movimientos de los ciudadanos; algo que hace pocos años era impensable y sólo podía imaginarse como producto de la fantasía de cualquier imitador de Julio Verne, es hoy en día una realidad al alcance de cualquier poder del Estado, incluyendo el Judicial.

Frente a esto la autora propone, tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia y legislación existentes, tanto a nivel nacional como comparado, una serie de conclusiones, en las que destaca ante todo la necesidad de que una ley (es decir, un acto emanado del Poder Legislativo a su más alto nivel) establezca un catálogo de delitos graves en los que, una vez iniciado el procedimiento judicial contra un sospechoso, el juez, motivándolo suficientemente, establezca la forma en que estos controles se pueden llevar a cabo, los plazos para su realización, el registro, conservación y, en su caso, destrucción de los datos obtenidos, salvaguardando los derechos de los afectados y el acceso de los mismos a la información obtenida, etcétera. Unas conclusiones que suscribo plenamente y que constituyen, a mi juicio, la única vía para compatibilizar en esta materia la necesaria eficacia en la lucha contra las formas de criminalidad más graves con los derechos fundamentales implicados.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Sevilla, marzo de 2009