

Trabajo Fin de Grado

La prueba ilícita en el proceso penal: la regla de la exclusión probatoria. Excepciones a la exclusión de la prueba directa y de la prueba refleja.

Autor

M^a Dolores Gracia Cardona

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Facultad de Derecho

Año 2015

I. INTRODUCCIÓN	6
II. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA	7
III. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: STC 114/1984	8
IV. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ	11
1. DERECHOS FUNDAMENTALES O NO FUNDAMENTALES.....	11
1.2. Indiferencia respecto al rango del derecho vulnerado.....	13
1.3. Postura intermedia.....	13
1.4. Postura a seguir en nuestro trabajo.....	14
2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN « <i>DIRECTA O INDIRECTAMENTE</i> »	14
2.1. Admisión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado	14
2.2. Otras interpretaciones.....	16
2.3. Interpretación a seguir en nuestro trabajo	17
V. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA	17
1. INEFICACIA	17
1.1. Prohibición de admisión y valoración.....	17
2.2. Prohibición de valoración	18
2. LA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILÍCITA	18
2.1. Sentencia del TC 85/1994	19
2.2. Sentencia del TC 86/1995	20
VI. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN	21
1. EXCEPCIÓN DE LA FUENTE INDEPENDIENTE.....	22
1.1. Concepto	22
1.2. Jurisprudencia norteamericana.....	23
1.3. Jurisprudencia española	24
1.4. Crítica.....	27

2. EXCEPCIÓN DEL NEXO CAUSAL ATENUADO	28
2.1. Concepto	28
2.2. Jurisprudencia norteamericana.....	28
2.3. Jurisprudencia española	30
2.4. Crítica.....	32
3. EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE	32
3.1. Concepto	32
3.2. Jurisprudencia norteamericana.....	33
3.3. Jurisprudencia española	34
3.4. Crítica.....	37
4. EXCEPCIÓN DEL HALLAZGO CASUAL.....	37
4.1. Concepto	37
4.2. Doctrina procesal europea.....	39
4.3. Jurisprudencia española	40
A) La teoría de la flagrancia.....	40
B) Regla de la conexidad	43
4.4. Crítica.....	44
5. DOCTRINA DE CONEXIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD	46
5.1. Concepto.	46
5.2. Jurisprudencia española. La confesión voluntaria.	48
5.3. Crítica.....	52
6. EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL.....	54
6.1. Concepto	54
6.2. Jurisprudencia norteamericana.....	54
6.3. Jurisprudencia española	55
6.4. Crítica.....	56

VII. PROPUESTAS DE REFORMA.....	57
VIII. CONCLUSIONES.....	60
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	66

Listado de abreviaturas

Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FD	Fundamento de derecho
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es, una vez que se constate que en España se introdujo la regla de exclusión de la prueba ilícita basándonos en la jurisprudencia y el art. 11.1 de la LOPJ, estudiar las diferentes excepciones que se han venido aplicando por los tribunales (sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo) a la exclusión de la prueba directa ilícita y de la refleja emanada de aquella. Se trata de analizar si como sostienen algunos autores debido a la cantidad de excepciones se podría llegar a hablar de una extinción de la regla de exclusión.

El profesor Alberto José Lafuente sugirió entre los posibles temas para el trabajo el de la prueba ilícita en el proceso penal. Al empezar a leer distintos manuales de Derecho Procesal Penal quedó claro que eran muchas las cuestiones en las que no existía unanimidad entre la doctrina: el propio concepto de prueba ilícita, el momento procesal para su denuncia, el papel jugado por el juez de instrucción y especialmente el tema de la regla de exclusión y sus excepciones. Los autores ni siquiera coinciden en las excepciones observadas, ni en el posible origen de las mismas, aunque sí suelen coincidir en mostrarse en desacuerdo con la jurisprudencia que las acoge. La doctrina es especialmente crítica con las actuaciones de los tribunales, reproches a los que en ocasiones se unen los votos particulares de algunos magistrados. Decidimos elegir este tema por ser especialmente complejo, controvertido y por las implicaciones que tenía para nuestros derechos como ciudadanos, eslabón más débil ante el *ius puidendi* del Estado.

La metodología seguida en el trabajo ha sido ir avanzando de lo general a lo específico. En primer lugar hemos consultado manuales de Derecho Procesal Penal para ver los capítulos que trataban de la prueba ilícita, intentado fijar nuestra posición sobre el concepto de prueba ilícita, si se ha incorporado o no la exclusión de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico y los efectos de la misma. En segundo lugar, de manera más específica, para el análisis de las excepciones, hemos buscado manuales, tesis doctorales y artículos de revistas especializadas que tratasen exclusivamente sobre la prueba ilícita, o directamente sólo sobre las excepciones. Una vez que tuvimos claro cuáles eran las excepciones de las que hablaban más de tres autores, fuimos analizándolas una a una, repitiendo el mismo esquema: concepto, buscar su origen, que ha sido generalmente la jurisprudencia norteamericana, aportar SSTC y SSTS a modo de ejemplo para entender su traslado a España y emitir un juicio crítico sobre las mismas.

II. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA

Lo primero que llama la atención es la abundante terminología con la que se describe este fenómeno. Así tal y como explica LÓPEZ BARJA DE QUIROJA¹ algunos autores hacen referencia a la prueba prohibida, otros a la ilegal, otros a la ilícita, otros a la ilícitamente obtenida, otros a la ilegítimamente admitida, y en fin otros a las prohibiciones probatorias. En lo que a este trabajo respecta nos interesa diferenciar entre prueba ilícita y prueba irregular. Por su claridad, consideramos interesante recoger las definiciones de MIRANDA ESTRAMPES²: así, será prueba ilícita aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales – por ejemplo, una entrada o registro sin mandamiento judicial, una intervención telefónica, postal o telegráfica sin la debida autorización del Juez, o un interrogatorio donde se consigue la confesión de un delito empleando la tortura física o psíquica-. Mientras que será prueba irregular aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin llegar a afectar a derechos fundamentales.

La ilicitud de la prueba atiende a la manera en que se ha obtenido la fuente³ que tenemos intención de aportar al proceso por alguno de los medios, mientras que la ilegalidad afecta al medio de prueba. Tal y como recoge BARONA VILAR si se admitiese como prueba testifical la declaración de un testigo efectuada ante notario, cuando la misma debe efectuarse en juicio oral y ser sometida a contradicción, se estaría ante un medio de prueba ilegal que conllevaría la nulidad procesal (arts. 238 y siguientes LOPJ).

La diferenciación entre prueba ilícita y prueba irregular es crítica en nuestro caso, pues la regla de la exclusión probatoria la vamos a relacionar exclusivamente con la prueba ilícita, mientras que en el caso de la prueba irregular ésta se verá sometida al régimen de nulidad de los actos procesales⁴, siendo posible, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.

¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, Bilbao, 2004, p. 941.

² MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones», en *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Mayo 2010, p.133.

³ BARONA VILAR, S., «La prueba, 1», en *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, MONTERO AROCA (dir.), 21ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.314.

⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit.*, p.133.

III. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: STC 114/1984

Esta sentencia del Tribunal Constitucional supuso un giro en la postura que había seguido la jurisprudencia española en este tema. En opinión de RIVES SEVA⁵ la posición española hasta ese momento fue claramente influida por un precedente sentado por el Tribunal de Basel-Land en Alemania (1952). Un marido utilizó unas cartas que había conseguido registrando la correspondencia personal de su esposa para demostrar que ésta le era infiel. A pesar de la reclamación de la esposa, el Tribunal accedió a la utilización de dichas cartas como prueba. Esta sentencia fue conocida en España tras la publicación de un artículo de Schönke en la Revista de Derecho Procesal y como sostiene RIVES SEVA supuso el triunfo de la tesis de la doble valoración jurídica cuando hay una obtención ilegítima de material probatorio: se admitía en el proceso, aunque había de procederse a depurar las responsabilidades derivadas de la ilicitud del acto adquisitivo de la fuente de prueba.

Cabe también destacar los autos del Tribunal Constitucional *173/1984, de 21 de marzo y el 288/1984, de 11 de mayo*, que vinieron a negar que la ilicitud probatoria fuera una causa de inadmisión o de exclusión del medio probatorio. Así en el FJ 3º del ATC *173/1984* relativo al caso RUMASA, puede leerse: «Pero dicha argumentación no puede ser admitida con la finalidad pretendida: a) porque no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque, a su vez, dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente, como se dijo, norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen...».

Finalmente, el TC dictó su sentencia *114/1984, de 29 de noviembre*. En esta sentencia el Tribunal Constitucional resolvía un recurso de amparo promovido por un trabajador contra sentencias de la Magistratura de Trabajo y del Tribunal Supremo que habían considerado procedente su despido. En dichos procesos se empleó como prueba de sus faltas laborales conversaciones telefónicas del demandante que fueron grabadas

⁵ RIVES SEVA, A.P., Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, en *www.noticias.jurídicas.com*, Diciembre 2010, p.4, fecha consulta 20 de agosto de 2014.

sin su consentimiento. El demandante entendía que se había violado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 de la Constitución, además de la violación del derecho al proceso con todas las garantías. Aunque finalmente el Tribunal Constitucional denegó el recurso de amparo, lo establecido en la citada sentencia permitió la introducción del principio de la exclusión de las pruebas ilícitas (*exclusionary rule*).

El Tribunal Constitucional sin apoyarse en precepto legal concreto, sino haciendo referencia a los derechos fundamentales proclamados por la Constitución en 1978 estableció en su FJ 4º: «aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental».

En la sentencia se distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales. Así en su FJ 4º se determina que: «en realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan 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». Se da entonces una ponderación de intereses, siendo inadmisibles en el proceso una prueba obtenida violando un derecho fundamental, pero la garantía puede ceder cuando la base sea infraconstitucional.

La admisión de una prueba ilícita conllevaría tal y como se establece en el FJ 5º a: «...una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba

pertinentes» que aparece en el mismo art. 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».

En la *STC 114/1984* el TC no hace una referencia directa al derecho a la presunción de inocencia. Pero posteriormente el TC en sentencias como la *86/1995* o la *81/1998*, que van a ser posteriormente revisadas en detalle, introdujo el análisis de la violación o no del derecho a la presunción de inocencia cuando se utilizaban pruebas obtenidas a partir de la vulneración de derechos fundamentales, estableciendo que si existen otras pruebas válidas, no contaminadas, independientes jurídicamente, que son suficientes para fundamentar la condena este derecho no resulta afectado. Así, por ejemplo en la *STC 86/1995*, FJ 4º: «Por todo ello, ha de afirmarse que en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional. Para apreciarla habría sido necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes. Ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues de acuerdo con lo que se acaba de exponer la Sentencia condenatoria se fundamenta en una actividad probatoria de cargo, como lo son las manifestaciones inculpatorias realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto del juicio oral, que ha de considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada».

Nos gustaría adherirnos a la tesis de MIRANDA ESTRAMPES⁶ que considera que el modelo justificativo de la regla de exclusión obedece a un contenido no sólo ético sino de origen constitucional, que él denomina modelo europeo-continental frente al modelo norteamericano. Así este autor sostiene que el modelo norteamericano de la regla de la exclusión se caracteriza por la desconstitucionalización. En un principio la *exclusionary rule* sí que aparecía vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EE.UU pero posteriormente irían apareciendo sentencias en las que se establecía que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas», añadiendo que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en la

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit.*, p.134.

violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».

IV. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ

En 1985, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, el rechazo a las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales fue recogido legalmente en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Art. 11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Como explica GONZÁLEZ MONTES⁷ el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial no había previsto una norma relativa a las pruebas ilícitas. No obstante, el Grupo Popular planteó una primera enmienda a cuyo tenor «... no surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho». Posteriormente y de manera significativa, el Senado propuso otra enmienda basándose en que «...la referencia a las pruebas se acomoda a lo declarado por el Tribunal Constitucional en Sentencia dictada en el Recurso 114/84», quedando finalmente el texto como lo conocemos actualmente.

En opinión de LÓPEZ BARJA DE QUROGA, J.⁸ este precepto plantea dos problemas fundamentales: en primer lugar, si la redacción que habla únicamente de violación de derechos fundamentales excluye la aplicación de la doctrina en los casos de violación de derechos no fundamentales y en segundo lugar, la interpretación del enunciado «directa o indirectamente».

1. DERECHOS FUNDAMENTALES O NO FUNDAMENTALES

En la doctrina se observan distintas posturas:

1.1. Prueba ilícita circunscrita a la violación de derechos fundamentales

⁷ GONZALEZ MONTES, J.L., «La prueba ilícita», en *Persona y Derecho*, 54, 2006, p. 364.

⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, cit., p. 988.

Una primera postura considera el supuesto de hecho de la norma de manera restrictiva. La norma restringe los supuestos de prueba ilícita a la violación de derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo 2º, del Título I de la Constitución española (arts. 14 a 29). Esta es la posición de SAINZ DE ROBLES, MARINO BORREGO y PASTOR BORGONÓN⁹, entre otros.

En esta línea se podría incluir el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 en el que se afirma: «...no toda infracción de normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad. Hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales».

En opinión de la profesora ARMENTA DEU¹⁰ la infracción de otras normas y de otros derechos lo que va a determinar es la irregularidad de la prueba, siendo entonces de aplicación lo establecido en los art. 238 y ss. de la LOPJ.

Nos parece interesante recoger lo dictado por el Tribunal Supremo en su sentencia 1497/1999, de 4 de marzo, en su FJ 6º: «Ampliando lo acabado de exponer, cabe insistir en el doble ámbito constitucional y de legalidad ordinaria. Porque el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se verá directamente afectado cuando el registro se haya practicado fuera de los supuestos del artículo 18.2, en tanto que si la diligencia se desarrolla únicamente con infracción de requisitos procedimentales, por muy trascendentales que sean, se propiciarán otros efectos distintos de la vulneración del derecho (ver la Sentencia de 18 de marzo de 1993). Hay que distinguir entre los casos en los que por faltar la autorización judicial se perturba de alguna manera el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, de aquellos otros en los que, existiendo ese mandamiento como requisito esencial legitimante, no se lesiona de manera grave el derecho fundamental aun cuando en la realización del acto judicial se incumplan normas

⁹ PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Revista de Derecho Procesal*, nº2, 1986, p. 349. Esta autora opina que «el hecho de que el derecho a la propiedad privada no constituya un derecho fundamental implica que las actividades contrarias a él no podrán considerarse inconstitucionales y, en consecuencia, que en ningún caso se deriva de ellas la inadmisibilidad procesal de los elementos probatorios obtenidos como consecuencia de las mismas, ya que no hay ninguna disposición procesal que así lo establezca», añadiendo que «...no se derivará la inadmisibilidad como prueba de los elementos así recogidos, porque esto significaría desconocer el derecho a la prueba o al interés público en la averiguación de la verdad.(...) Así se desprende del hecho de que el legislador haya consagrado la ineficacia de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ) y no de las pruebas ilícitas en general».

¹⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 237.

procesales reguladoras de la forma con que la diligencia ha de llevarse a efecto». En el primer caso el acto es ilícito y nulo, e ilícita la prueba obtenida porque se ha vulnerado un derecho fundamental. En el segundo el acto es irregular, y susceptible de subsanación.

1.2. Indiferencia respecto al rango del derecho vulnerado

Una segunda opción considera indiferente el rango del derecho vulnerado. Es la opinión de autores como SILVA MELERO, VESCOVI, o LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹¹. Este autor sostiene que si se utiliza un argumento analógico, se deben reconocer las consecuencias de ineficacia también cuando la prueba se obtiene violentando derechos no fundamentales. Mientras que si se utiliza un argumento *a contrario* si el art. 11.1. LOPJ sólo ha previsto de manera específica que no surten efectos las pruebas obtenidas violentando un derecho fundamental es porque el legislador no quiso atribuir ese efecto a los casos en los que lo que se violentaba no era un derecho fundamental. Como no hay una regla fija que obligue a utilizar uno u otro método interpretativo, acaba concluyendo que no hay base para excluir la aplicación de la prueba ilícita en los casos en los que se no se viola un derecho fundamental.

1.3. Postura intermedia

E incluso hay manuales¹² que hablan de que existe una postura intermedia, representada entre otros por PAZ RUBIO y GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, que consideran que en los casos de vulneración de la legalidad ordinaria debe atenderse a criterios de proporcionalidad, intentando conciliar los intereses en conflicto. Según este manual los autores que defienden esta postura están acogiendo el método del *balancing approach* de la jurisprudencia norteamericana, que consiste en llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego.

¹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, cit.,p. 990. A juicio de este autor: «los argumentos interpretativos conducen a afirmar que no hay base para excluir la aplicación de la doctrina de la prueba ilícita cuando lo violentado no fue un derecho fundamental».

¹² CALDERON CERESO,A, CHOCLAN MONTALVO,J.A., *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 348.

1.4. Postura a seguir en nuestro trabajo

En este trabajo nos vamos a inclinar por la primera postura, el derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes, consagrado en el art. 24.2 de la CE, sólo debe ceder ante derechos de igual o superior jerarquía, es decir, derechos fundamentales.

Si los derechos vulnerados son de categoría inferior, se impone la búsqueda de la verdad material, prevaleciendo el derecho a la prueba, derecho fundamental, que sale ganando en la ponderación frente a los otros derechos inferiores.

2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN «DIRECTA O INDIRECTAMENTE»

Respecto a la interpretación del término «indirectamente», también se pueden encontrar diferentes posturas. En primer lugar exponemos la postura mayoritaria y a continuación otras interpretaciones que distintos autores han dado a la expresión «directa o indirectamente».

2.1. Admisión de la doctrina de los frutos del árbol envenenado

La postura mayoritaria estima que el legislador ha querido recoger en el art. 11.1 LOPJ la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*)¹³. MIRANDA ESTRAMPES¹⁴ llevó a cabo un breve análisis de algunas sentencias de la jurisprudencia norteamericana que nos permitirán conocer mejor la citada doctrina.

Esta doctrina surge en el caso *Silversthone Lumber Co. Vs United States*, 251 U.S. 385, (1920). Lo que sucedió en este caso es que mientras que el padre e hijo miembros de la familia Silversthone estaban detenidos en sus domicilios, los representantes del Ministerio de Justicia y un Agente de policía aprovecharon para registrar las oficinas de la sociedad mercantil y accedieron a una serie de documentación, libros y papeles. Expresa el Tribunal Supremo Federal norteamericano que: «...si el conocimiento de los hechos se obtiene de una fuente independiente puede ser válido como prueba, pero el conocimiento que obtuvo el Gobierno fue derivado de su propia actuación ilegítima y no

¹³ GÓMEZ-DÍEZ, C., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso Hudson vs. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU», en *Derecho y Proceso Penal*, 2008, nº2, p. 26. Este autor define la doctrina del fruto del árbol envenenado como una extensión de la regla de la exclusión, se extiende los efectos de ésta a las pruebas derivadas inconstitucionalmente obtenidas.

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit.*, p.139.

puede ser usado de la manera propuesta»¹⁵. El Tribunal concluyó que el registro fue nulo y los libros, documentos que recogieron los representantes del Ministerio de Justicia también heredaron este carácter ilícito por derivar de un registro nulo.

Se acuñó por primera vez el término “poisonous tree doctrine” en el caso *Nardone vs. United States*, 308 U.S. 338, (1939). En este caso el árbol envenenado o ponzoñoso serían las intervenciones telefónicas ilegales, mientras que la información obtenida en base a dichas escuchas serían los frutos contaminados del árbol. Se negó el uso derivado o efecto reflejo de las informaciones obtenidas como fruto de esas escuchas ilegales.

Otro ejemplo lo tendríamos en el caso *Brown vs Illinois*, 422 U.S. 590, (1975). El señor Brown fue detenido sin causa probable, ni orden judicial e informado de su derecho a mantener silencio según lo dispuesto en la V Enmienda (las llamadas reglas Miranda). Sin embargo, el señor Brown hizo dos confesiones y posteriormente se intentó excluir las mismas argumentando que habían sido resultado de su detención ilegal. El Tribunal Supremo norteamericano estimó que existía una conexión entre la detención y las confesiones y rechazó los argumentos del Fiscal que consideraba que se había roto el nexo entre la detención y las confesiones al haber informado al detenido de su derecho a guardar silencio. El Tribunal Supremo consideró que no se había roto esa conexión causal y que la exclusión alcanzaba también a las confesiones.

Lo que viene a decir esta doctrina es que el radio de influencia de la prohibición probatoria no se restringe a los hechos que se pueden conocer directamente a partir de la prueba prohibida (*original evidence*) sino que éste abarca igualmente a aquellos hechos cuyo conocimiento se llega a adquirir de forma derivada (*derivative evidence*).

Autores como ASECIO MELLADO¹⁶, sostienen que el legislador con el término «directamente» se refiere a las pruebas obtenidas violando un derecho fundamental y con el término «indirectamente» al efecto reflejo de las pruebas obtenidas ilícitamente.

¹⁵ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España. Perfiles Jurisprudenciales comparativos*, UAB, Barcelona, 2012, p. 80.

¹⁶ ASECIO MELLADO, J.M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 89.

De esta misma opinión es LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁷ quien sostiene que la violación indirecta supone de una manera específica la admisión de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

En el manual de COBO DEL ROSAL¹⁸ también se llega a la conclusión, en opinión del autor, sin haber lugar a duda, de que el legislador ha querido efectivamente consagrar la teoría del fruto del árbol envenenado.

2.2. Otras interpretaciones

Como hemos adelantado al principio de este epígrafe existen diferente posturas a la hora de interpretar la expresión «directa o indirectamente». A continuación nos gustaría recoger la opinión de PASTOR BORGONÓN¹⁹ que, al contrario de lo expuesto anteriormente, considera que «el art. 11.1 LOPJ no supone la consagración legal de los efectos reflejos de las prohibiciones probatorias», sino que los términos directa e indirectamente tienen más bien que ver con la distinción entre el momento de la admisión de los medios de prueba en el proceso, y el momento de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba. Si la violación se produce en la fase de búsqueda y recogida sería una violación directa, si la violación se produjese en el momento de admisión habría una violación indirecta de los derechos fundamentales, se estaría violando el derecho a un proceso con todas las garantías y la igualdad.

También hay otro autor, PICO I JUNOY²⁰, que difiere de la posición mayoritaria y que señala la ineficacia procesal de las pruebas obtenidas infringiendo directamente un derecho fundamental, y, asimismo, la ineficacia del medio de prueba a través del cual se da entrada en el proceso a dicho elemento probatorio. De esta manera, se conculcan de

¹⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal, cit.*, p. 993. De una manera más clara cuando afirma: «A nuestro juicio, “la violación indirecta” se produce cuando entre el acto vulnerante del derecho o libertad fundamental y la obtención de prueba no media una relación directa e inmediata. Entre ambos momentos existe una relación indirecta ya que están unidos por el dato obtenido ilegalmente que conduce a la prueba, que ya es obtenida con arreglo a la legalidad. Esta prueba es obtenida indirectamente gracias a una violación de un derecho fundamental. Se encuentra pues, a nuestro entender admitida en este precepto la teoría –anteriormente expuesta–del fruto del árbol envenenado».

¹⁸ COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Derecho Procesal Español*, Madrid, 2006, p. 532. Se afirma: «De este modo, el legislador consagra sin duda la llamada “teoría del fruto del árbol envenenado”, una prueba “lícita” pero que nace de una ilícita –es decir, de una prueba obtenida directamente violando los derechos o libertades fundamentales– es una prueba obtenida indirectamente violando los derechos o libertades fundamentales, y, como tal, también ilícita».

¹⁸ PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia ...», *cit.*, p. 361.

²⁰ PICO I JUNOY, J. «El artículo 11.1 LOPJ» en *Revista La Ley*, n. 4213, 1997, p. 8 y s.

manera indirecta otros derechos fundamentales, esto es, los referidos al proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes.

2.3. Interpretación a seguir en nuestro trabajo

En este trabajo hemos decidido seguir la corriente mayoritaria que sí estima que el legislador español quiso recoger la doctrina de los frutos del árbol envenenado, de tal forma que la prueba ilícita contamina las posteriores que de ella se deriven. En apoyo de esta postura se suele mencionar la sentencia del Tribunal Supremo 198/1995, de 23 de enero. En su FD 5º el Tribunal Supremo concluyó: «.. El reflejo invalidante de las pruebas obtenidas violentando los derechos o las libertades fundamentales, se extiende a todas aquellas que traigan su causa, directa o indirectamente, de la prueba contaminada. Así lo establece tajantemente el artículo 11.1 de la LOPJ sin dejar opciones a otras alternativas encaminadas a sanar los vicios originarios de la prueba matriz».

V. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. INEFICACIA

1.1. Prohibición de admisión y valoración

El concepto de prueba ilícita restringido que hemos adoptado, esto es, aquella obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales implica la prohibición de su admisión, así como de su valoración. Ya hemos señalado anteriormente en nuestro punto I que esto no se aplica para la prueba irregular que podía ser objeto de convalidación o subsanación. Esta es la postura mantenida, entre otros, por MIRANDA ESTRAMPES²¹. También en esta línea se sitúa COBO DEL ROSAL²² que cree que la expresión «no surtirán efecto» del art. 11.1 LOPJ no se refiere tan sólo a que la prueba no

²¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit*, p.138. Este autor sostiene «que el control sobre la ilicitud de la prueba debe efectuarse ya en sede de admisión de las pruebas», añadiendo que «...si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas». Lo que le lleva a aceptar la importancia jugada por el juez de instrucción «corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas ilícitas independientes».

²² COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Derecho Procesal Español*, *cit.*, p. 535.

deberá ser valorada, sino también a la no admisión de la misma en el proceso. Lo que le lleva a afirmar de modo categórico que deberá impugnarse su licitud en la fase de admisión, sin esperar al plenario.

2.2. Prohibición de valoración

A diferencia de lo expuesto en el punto anterior, GIMENO SENDRA²³ sostiene la equiparación entre prueba ilícita y prohibición de valoración, lo que le lleva a rechazar la exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción. En su opinión no corresponde al juez de instrucción la declaración de la ilegalidad de los medios de prueba, sino que éste debe centrarse en la investigación y determinación del hecho punible.

Postura ésta que es combatida de forma vehemente por ASECIO MELLADO²⁴ que insiste en que «la prueba ilícita no es una mera prohibición probatoria». De ahí que este autor sea partidario de que si se conoce la prueba ilícita en la fase de investigación así se declare y no se admita como prueba; si se llega a admitir que no se valore y finalmente, si fuese valorada no debería ser tomada en cuenta para justificar la condena.

2. LA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como hemos adelantado en el epígrafe IV.2 en este trabajo hemos decidido seguir la corriente mayoritaria que sí estima que el legislador español quiso recoger la doctrina de los frutos del árbol envenenado en el art. 11.1 de la LOPJ cuando introdujo el término «indirectamente», de tal forma que la prueba ilícita contamina las posteriores que de ella se deriven. Se habla entonces de la eficacia refleja de la prueba ilícita: la regla de la exclusión no sólo se refiere a la prueba ilícita originaria, sino también a aquellas pruebas

²³ GIMENO SENDRA, V., «Corrupción y propuestas de reforma», en *Diario La Ley* nº 7990, 26 de diciembre de 2012, p. 12 y ss. Este autor afirma: «Y es que las infracciones de la Constitución en materia probatoria, lo que ha de ocasionar es una jurisprudencia sobre las reglas de exclusión de valoración de la prueba prohibida y no la importación, en la instrucción, de la doctrina de la nulidad de los actos procesales art. 238 y ss. LOPJ, la cual se erigiría en fuente de dilaciones indebidas, desvirtuaría la función del instructor y sustraería la competencia del órgano decisor sobre la valoración de la prueba y la extensión de sus efectos».

²⁴ ASECIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», en *Diario La Ley* nº 8009, 25 de enero de 2013, p. 5 y ss. Este autor mantiene que: «La declaración de una prueba ilícita debe dar lugar a la exclusión material del resultado de lo obtenido inmediatamente que se conozca y, por tanto, no puede ser degradada a una mera cuestión de valoración. De hacerlo así, resultaría que la ilicitud derivada de la infracción de derechos fundamentales produciría efectos menos intensos incluso que una nulidad procesal, cuya declaración puede operarse de oficio en cuanto es conocida».

(derivadas) aunque hayan sido obtenidas lícitamente. A continuación vamos a examinar dos sentencias del TC que resultan muy ilustrativas en esta materia.

2.1. Sentencia del TC 85/1994

En primer lugar vamos a analizar la sentencia del Tribunal Constitucional 85/1994, *de 14 de marzo*. Joaquín y Estefanía presentaron un recurso de amparo tras haber sido condenados a un delito contra la salud pública, argumentando que se había violado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), entre otros y que los únicos elementos de prueba con que contaron los órganos judiciales de instancia y de casación traían su origen en esta violación. Las escuchas telefónicas practicadas por la policía fueron un medio para saber que una niña iba a trasladarse desde su domicilio al de los recurrentes al objeto de recoger "algo", y para que la policía llegase a la conclusión de que se trataba de droga. La policía organizó guardias frente al domicilio y cuando la niña salió del mismo la cogieron con droga, que les sirvió como indicio para determinar que los propietarios de la droga eran Joaquín y Estefanía.

El Tribunal Constitucional en el FJ 3º de la sentencia llegó a la conclusión de que sí se había violado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ya que carecían de motivación y en el FJ 4º se afirma: «Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes durante el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 17 de noviembre de 1987 vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)». La sentencia continua: «Así pues, la ocupación de la droga a la menor M. J. P. no es valorada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio que, en unión de la transcripción de las cintas grabadas por la policía y de la interpretación de los términos en ellas empleados, articula el razonamiento lógico utilizado para fundamentar la condena en la existencia de

una prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando, como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando "algo" desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones». Así pues las pruebas indiciarias obtenidas fruto de intervenciones telefónicas ilícitas no pudieron ser valoradas, no tenían el carácter de pruebas independientes, lo que llevó a la estimación del recurso de amparo.

El propio GIMENO SENDRA²⁵ afirma en su manual de Derecho Procesal Penal que con la STC 85/1994 del Tribunal Constitucional se vino a instaurar, por primera vez en nuestro país, la eficacia refleja de la prueba prohibida, eso sí, aclarando a continuación que esta sentencia se ceñía a un supuesto muy concreto de valoración de la prueba derivada de las escuchas telefónicas.

2.2. Sentencia del TC 86/1995

No obstante, un año después, una sentencia del Tribunal Constitucional la 86/1995, de 6 de junio, abre en opinión de algunos autores²⁶ el camino a las excepciones de la regla de exclusión. Se trata nuevamente de un recurso de amparo presentado por dos condenados a un delito contra la salud pública. Nos volvemos a encontrar con una intervención ilegal de escuchas telefónicas que posibilitó a la policía obtener información que permitió que se detuviese a uno de los recurrentes, Francisco, portando droga en el coche que conducía. Además Francisco confesó en 2 ocasiones: una en sede policial, sin que le explicasen sus derechos y sin presencia de abogado y también en el transcurso del juicio oral, asistido por su abogado. El Tribunal aun reconociendo la ilegalidad de las

²⁵ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Madrid, 2012, p. 493.

²⁶ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 493. Este autor señala que: «...con la sentencia 86/1995 el TC declaró la inexistencia de violación del art. 24 no obstante la ilicitud de las escuchas telefónicas, porque el imputado confesó, en presencia de su Abogado, su participación en el hecho punitivo, lo cierto es que el Tribunal Constitucional en dos decisiones, las STC 59 y 49/1996 dictadas en los casos DE LA HOZ UGANDA y BRAVO MORCILLO, volvió a reclamar la vigencia de la teoría de los efectos indirectos de la prueba prohibida en las escuchas telefónicas».

escuchas telefónicas considera²⁷ que al haber una confesión en sede judicial y con asistencia del abogado no se ve conculcado el derecho a la presunción de inocencia. Esta confesión no se ve afectada por la ilicitud de las escuchas telefónicas. De este modo vemos como se establece un límite a la eficacia refleja de la prueba ilícita, ya que de lo que no cabe duda es que lo que puso en marcha el proceso que llevó a que Francisco hiciera estas confesiones fue una escucha ilegal. Este límite permite al Tribunal concluir en su FJ 4º que: «tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia». Estos argumentos permitieron al Tribunal desestimar el recurso de amparo.

VI. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Hemos mantenido la tesis de que el legislador español quiso incorporar en el art. 11.1 de la LOPJ la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenado y puesto ejemplos de sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional en esta misma línea. Cabría entonces pensar que una vez que se demuestra que se ha violado un derecho fundamental sustantivo para obtener una prueba, ésta no debe admitirse en el proceso, y si es admitida debe finalmente no ser tenida en cuenta, así como todas las pruebas que puedan derivarse de aquélla (nosotros lo hemos denominado pruebas derivadas, otros autores se refieren a las mismas como pruebas contaminadas²⁸). No obstante ya en el punto anterior hemos introducido la idea de que la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995 abrió en opinión de algunos autores el camino a las excepciones de la regla de exclusión.

El principio contenido en el art. 11.1 de la LOPJ se aplicó de manera rígida en un primer momento, pero la jurisprudencia española enseguida se dio cuenta de que la aplicación indiscriminada de la eficacia refleja de la prueba ilícita podría suponer un riesgo para el *ius puniendi* del Estado y dejar sin castigo delitos graves y de impacto social (algunos autores ponen como ejemplo delitos relativos al tráfico de drogas y delitos

²⁷ Ver FJ 3º: «En consecuencia, no existe duda de que en el caso de autos la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes»

²⁸ GONZALEZ MONTES, J.L., «La prueba ilícita», en *Persona y Derecho*, 54, 2006, p. 370 y s.

de terrorismo). GONZÁLEZ MONTES observa una relación entre la evolución de la jurisprudencia ordinaria y constitucional a partir de la segunda mitad de los años noventa con lo que sucedió en el sistema norteamericano a comienzos de los años setenta. Así pues se fueron abriendo vías para poner límites a la eficacia refleja. RIVES SEVA²⁹ es de la opinión de que con esta interpretación correctora, la jurisprudencia española, al igual que en su día ocurrió en Norteamérica intentaba «corregir clamorosos excesos que se habían producido» y reconoce que se han ido admitiendo importantes excepciones a la regla de la exclusión de los efectos de la prueba ilícita.

A lo largo de los epígrafes siguientes vamos a proceder a analizar las distintas excepciones que han ido apareciendo: buena fe, confesión voluntaria, conexión antijuridicidad, fuente independiente, descubrimiento inevitable, nexo causal atenuado y hallazgo casual.

1. EXCEPCIÓN DE LA FUENTE INDEPENDIENTE

1.1. Concepto

Una fuente independiente es aquella que sin conexión causal con la ilícita nos permite alcanzar el mismo resultado utilizando un medio ajeno a la actuación lesiva. Si la prueba no guarda relación con la lesión del derecho fundamental, no puede hablarse de dependencia o de eficacia refleja.

MIRANDA ESTRAMPRES³⁰ sostiene que, en realidad, esta teoría de la fuente independiente no es una excepción, ya que si la segunda prueba es verdaderamente independiente, ya no nos encontramos en el supuesto de hecho de la eficacia refleja, ya no estamos entonces ante una prueba derivada de una originaria ilícita. Lo que ocurre es que en la práctica a estas pruebas derivadas se las acaba calificando como pruebas jurídicamente independientes aunque se constate una relación causal (causa-efecto).

ECHARRI CASI³¹ insiste en que no debe confundirse prueba diferente (pero derivada), con prueba independiente (sin conexión causal).

²⁹ RIVES SEVA, A.P., Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, en *www.noticias.jurídicas.com*, Diciembre 2010, p.6, fecha consulta 23 de agosto de 2014.

³⁰ MIRANDA ESTRAMPRES, M., «La prueba ilícita...», *cit*, p.143.

³¹ ECHARRI CASI, F.J., «Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales», en *Revista Poder Judicial*, 2003, nº 69, p. 273.

1.2. Jurisprudencia norteamericana

Esta excepción se denomina en EE.UU *independent source doctrine*.

ALCAIDE GONZÁLEZ³² considera que esta excepción encuentra su origen en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en el caso *Wong Su vs USA*, 371 U.S. 471, (1963). En este caso, la policía de narcóticos de San Francisco registró de forma ilegal la lavandería del señor J. Wah Toy buscando heroína. El señor Toy dijo que él no vendía droga, que él que la vendía era el señor Yee. Cuando los agentes registraron el domicilio del señor Yee sí que encontraron droga. El señor Yee al verse descubierto denunció a su proveedor Wong Sun, que en un principio negó los hechos. Posteriormente el señor Wong Sun decidió de forma voluntaria confesar su infracción. En el juicio la declaración del señor Toy y el descubrimiento de la droga en el domicilio del señor Yee fueron excluidos y considerados frutos del árbol envenenado, esto es, del registro ilegal de la lavandería del señor J.Wah Toy. El abogado del señor Wong Sun también intentó que se excluyera la confesión de su cliente pero el Tribunal³³ consideró que el acto de la confesión voluntaria atenuaba o rompía la cadena de evidencia, de ahí que se admitiese la confesión del señor Wong Sun como prueba.

El caso *Wong Su vs USA* es considerado por el autor RIVES SEVA como un ejemplo de la excepción del nexo causal atenuado que posteriormente vamos a analizar.

MIRANDA ESTRAMPES hace referencia a otros casos para explicar esta excepción. Así, por ejemplo, el caso *Segura v. US*, 468 U.S. 796, (1984)³⁴. Los agentes de la policía de narcóticos de Nueva York fueron autorizados por el Asistente del Fiscal para arrestar a los ciudadanos Segura y Colón, pero a estos agentes se les informó que la orden de entrada al domicilio de los mismos podía llegar con retraso. Los agentes se dirigieron al apartamento de Segura, llamaron a la puerta y sin esperar a que se les autorizase el paso, procedieron a la entrada. Allí esperaron durante aproximadamente 19 horas a recibir la orden que les autorizaba a entrar y registrar el apartamento. Hubo

³² ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU ..*, UAB, cit., p. 343.

³³ V.On the evidence that Wong Sun had been released on his own recognizance after a lawful arraignment, and had returned voluntarily several days later to make the statement, we hold that the connection between the arrest and the statement had "become so attenuated as to dissipate the taint."

³⁴ V.This evidence was discovered the day following the entry, during the search conducted under a valid warrant; it was the product of that search, wholly unrelated to the prior entry. The valid warrant search was a "means sufficiently distinguishable" to purge the evidence of any "taint" arising from the entry.

algunos elementos de prueba que fueron encontrados en la entrada inicial y otros que fueron descubiertos una vez que los agentes tuvieron en su poder la orden de entrada correcta. Se consideró que estos segundos elementos de prueba fueron obtenidos de manera independiente a aquellos obtenidos en el registro ilegal inicial.

Otro caso en el que se aplica esta excepción es el *de Murray v. US*, 487 U.S. 533, (1988)³⁵. Unos agentes federales estaban siguiendo al señor Murray y vieron como éste y un posible cómplice conduciendo distintos vehículos se dirigían a un almacén donde les esperaban otras personas a las que entregaron sus vehículos. Los agentes esperaron y cuando tuvieron ocasión entraron en el almacén y vieron que había marihuana. Posteriormente consiguieron la orden de registro (sin revelar al juez que concedió la misma su entrada ilegal en primer lugar) y ya en este segundo registro encontraron la marihuana que sirvió como prueba para condenar al detenido. El Tribunal Supremo norteamericano consideró que sí que era de aplicación la doctrina de la fuente independiente. No obstante hay que señalar que en este caso hubo varios jueces que se mostraron en contra de esta decisión y emitieron votos particulares.

1.3. Jurisprudencia española

Cuando hemos analizado la eficacia refleja de la prueba ilícita ya hemos expuesto la *STC 86/1995, de 6 de junio*, como un primer ejemplo de límites a la regla de exclusión de la prueba ilícita. Concretamente ALCAIDE GONZÁLEZ³⁶ considera que la misma es el primer ejemplo de introducción en España de la teoría de la fuente independiente. Sin embargo, otros autores como MIRANDA ESTRAMPES o DELGADO DEL RINCON³⁷ consideran que la misma se inspira en la excepción del nexo causal atenuado que veremos a continuación. En esta sentencia se resuelve sobre un recurso de amparo presentado por dos condenados a un delito contra la salud pública. En su momento tuvo lugar una intervención ilegal de escuchas telefónicas que posibilitó a la policía obtener información

³⁵ III To apply what we have said to the present cases: Knowledge that the marijuana was in the warehouse was assuredly acquired at the time of the unlawful entry. But it was also acquired at the time of entry pursuant to the warrant, and if that later acquisition was not the result of the earlier entry there is no reason why the independent source doctrine should not apply. Invoking the exclusionary rule would put the police (and society) not in the same position they would have occupied if no violation occurred, but in a worse one.

³⁶ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU ...*, UAB, cit., p. 342.

³⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L., «La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia», colaboración en *Constitución y Democracia*, Universitas, 2012, p.17.

que permitió que se detuviese a uno de los recurrentes, Francisco, portando droga en el coche que conducía. Además Francisco confesó en dos ocasiones: una en sede policial, sin que le explicasen sus derechos y sin presencia de abogado y también en el transcurso del juicio oral, asistido por su abogado. Según el criterio del Tribunal esta confesión no se ve afectada por la ilicitud de las escuchas telefónicas. Vemos, pues, cómo se establece un límite a la eficacia refleja de la prueba ilícita, en nuestro caso las escuchas ilegales. Este límite permite al Tribunal concluir en su FJ 4º que «tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia». Estas consideraciones son las que permitieron al Tribunal desestimar el recurso de amparo entendiendo que la confesión era independiente de la intervención telefónica ilegal.

Posteriormente hubo otro caso que tuvo una gran repercusión mediática, el caso del secuestro del empresario Sr. Revilla. El recurso de amparo lo interpuso José Antonio que había sido condenado por el delito de detención ilegal. En la *STC 54/1996, de 26 de marzo*, de nuevo nos encontramos con pruebas que derivaron de escuchas telefónicas que fueron consideradas ilegales y cuya valoración fue declarada prohibida por el Tribunal Constitucional. En su FJ 8º éste señala que: «la constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el Auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del art. 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida». No obstante, la existencia de otras pruebas independientes, declaración del propio acusado y una prueba testifical, que fueron tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo para condenar al acusado hicieron que el Tribunal Constitucional no admitiese el recurso de amparo. A este respecto, en el FJ 9º de la sentencia comentada se declara «en definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente

obtenida. El Tribunal Supremo, considera de manera razonada y motivada, que esta prueba no afectada en su procedencia por la prueba inconstitucional, es suficiente para acreditar la culpabilidad del recurrente, por lo que procede la desestimación del recurso de casación planteado».

Las sentencias analizadas son previas a la sentencia *81/1998 del TC*, con la cual se introdujo la doctrina de la conexión de la antijuridicidad a la que posteriormente vamos a dedicar un análisis detallado. Según la excepción de la prueba independiente se exige una desconexión causal-natural entre la prueba ilícita y la derivada, con la doctrina de la conexión para establecer la eficacia refleja sobre las pruebas derivadas hace falta que exista la conexión causal pero además es necesario la existencia de conexión de antijuridicidad. Tras esta sentencia *81/1998* el TC recurre menos a la excepción de la fuente independiente y más al límite de la innovadora doctrina de la conexión, como así la califica ALCAIDE GONZÁLEZ³⁸. Sin embargo, hay autores como MIRANDA ESTRAMPES³⁹ que consideran que sentencias posteriores a ésta también pueden ser consideradas ejemplos de la aplicación de la excepción de la fuente independiente.

En la *STC 66/2009, de 9 de marzo*, se ha incluido como criterio a la hora de valorar las pruebas jurídicamente independientes el factor tiempo. Esta sentencia resolvía un recurso de amparo promovido por el señor Najib Chaib Mohamed condenado por un delito de integración en organización terrorista. Aunque en su momento el propio Tribunal Supremo reconoció la ilicitud de la intervención telefónica, no extendió la ilicitud a unos manuscritos que explicaban como elaborar explosivos encontrados durante un registro y que fueron utilizados, entre otras pruebas, para condenar al recurrente. El Tribunal Constitucional en su FJ 5º reconoce la importancia de tener en cuenta el factor temporal a la hora de valorar la independencia entre lo escuchado en las intervenciones telefónicas y la entrada y registro en el domicilio: «a los solos efectos de valoración de la

³⁸ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU .*, UAB, *cit*, p. 432. Este autor considera que «podemos destacar que la doctrina jurisprudencial anterior a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 81/1998-conexión de antijuridicidad- cuando aceptaba alguna prueba ilícita o refleja o no para ser valorada, dentro de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, sus argumentos se concentraban en la no contaminación de las pruebas restantes si era posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. Posteriormente con la nueva doctrina de 1998 se menciona si se cumplen o no todos los requisitos para justificar la desconexión de antijuridicidad.

³⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit*, p.144. Este autor afirma que: «recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar una prueba como “jurídicamente independiente” el factor temporal, esto es, el largo período de tiempo transcurrido entre una prueba y otra».

conexión entre las pruebas de cargo hemos de considerar especialmente la entrada y registro en el domicilio de la c/Ronda de Cooperativas impugnada: En abstracto la misma constituye una medida investigadora de naturaleza jurídica diversa a las intervenciones telefónicas, siendo también diferentes los derechos fundamentales afectados en una y otras (art. 18.2 CE para el domicilio y art. 18.3 CE para el secreto de las comunicaciones). Y, en concreto, el largo periodo de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio (datos sobre la ubicación del domicilio registrado) distinto de las intervenciones telefónicas (cfr. fundamento jurídico primero 2 de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 556/2006; págs. 97 a 101), nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro. Otro tanto podemos afirmar, a la luz de nuestra doctrina, respecto de las declaraciones del recurrente en instrucción, de las declaraciones de los coacusados en el plenario, y de las testificales del Sr. Peralta y de las hermanas del Sr. Galán». El hecho de que además se utilizaran otras pruebas incriminatorias como las declaraciones del recurrente señor Chaib, declaraciones de testigos y otros coacusados hicieron que, como en los ejemplos anteriores, se desestimase el recurso de amparo.

1.4. Crítica

En el FJ 4º de la *STC 66/2009, de 9 de marzo*, el Tribunal Constitucional proclama: «Por último hemos afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose nuestro control a la comprobación de la razonabilidad del mismo».

Como vemos en esta sentencia no existen parámetros legales regulados que permitan dilucidar si la prueba lícita segunda se ha obtenido de manera realmente independiente respecto a la prueba ilícita. Todo queda en las manos de los tribunales ordinarios, cuyos jueces con base a lo que ocurra en el caso concreto, su manera de pensar, etc. procederán a calificar la prueba como de independiente o no. De ahí que los autores miren con desconfianza a esta teoría, por ejemplo, *ALCAIDE GONZÁLEZ* la califica

como poco sólida y otros⁴⁰ autores se muestran especialmente críticos porque consideran que utilizar de forma descontrolada el concepto de prueba independiente puede «acabar operando en la práctica como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión».

2. EXCEPCIÓN DEL NEXO CAUSAL ATENUADO

2.1. Concepto

MIRANDA ESTRAMPES considera que la misma es una modalidad de la excepción de la fuente independiente que hemos visto en el punto VI.1.1, pero a diferencia de la excepción de la fuente independiente en la que se busca la desconexión entre la prueba ilícita y la prueba lícita subsiguiente, en este supuesto sí que existe un nexo pero se presenta tan atenuado que se puede utilizar esta segunda prueba en el proceso judicial aunque proceda de una prueba ilícita. Se trata de datos inculpatórios conectados pero que surgen de una manera natural, espontánea, bien por la intervención de un tercero, la confesión espontánea del acusado o existiendo un lapso de tiempo importante entre la prueba ilícita y la prueba derivada.

2.2. Jurisprudencia norteamericana

Esta excepción es denominada por los autores norteamericanos como *attenuated connection doctrine o purged taint*.

Para ALCAIDE GONZÁLEZ el caso *Wong Su vs USA, 371 U.S. 471, (1963)*, era representativo de la teoría de la fuente independiente, mientras que MIRANDA ESTRAMPES y RIVES SEVA lo consideran, a mí modo de ver, de forma más correcta, como el primer supuesto en el que se reconoció la excepción del nexo causal atenuado dentro de la jurisprudencia norteamericana.

Otra sentencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano muy interesante porque en ella se determinan criterios que permiten establecer que se ha producido la atenuación en la relación causal es la del *caso US vs Ceccolini, 435 US 268, (1978)*.

En 1973 se estaba llevando a cabo en Nueva York una investigación policial sobre apuestas ilegales. Uno de los agentes, el señor Biro, en su rato de descanso y sin que

⁴⁰ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit.*, p.144.

tuviera sospechas de ningún tipo de actividad ilegal entró a una floristería. Una vez dentro, en la zona de empleados de la misma, el agente Biro vio un sobre que le pareció sospechoso y preguntó a una de las empleadas, la señora Hennessy, por dicho sobre. Esta sólo le dijo que su jefe el señor Ceccolini le había dicho que se lo entregase a una persona. El agente Biro no dijo nada a la señora Hennessy pero sí informó a un agente del FBI, el señor Emory sobre la posibilidad de investigar la floristería de Ceccoline. El señor Emory, cuatro meses más tarde y sin hacer ninguna referencia al asunto del sobre, interrogó a la señora Hennessy cuyo testimonio fue básico para incriminar al señor Ceccolini por aceptar apuestas ilegales. El Tribunal Supremo⁴¹ consideró que no era correcto eliminar el testimonio de la señora Hennessy en base a que procedía de una búsqueda ilegal que se había producido en el establecimiento del señor Ceccolini. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que habían pasado unos 4 meses desde el incidente del sobre, que cuando se interrogó a la señora Hennessy no se hizo referencia al asunto del sobre y que cuando ésta dio su testimonio, lo hizo sin haber sufrido ningún tipo de coerción.

El profesor DELGADO DEL RINCÓN⁴², ha elaborado un breve resumen de distintos criterios utilizados en la jurisprudencia norteamericana para determinar cuándo se puede atenuar la conexión causal entre la prueba ilícita y la derivada para que esta última sea eficaz:

a) El tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la adquisición de la prueba lícita derivada. En el ejemplo del caso Ceccoline hemos visto que habían transcurrido cuatro meses. Cuanto mayor sea el periodo de tiempo transcurrido más

⁴¹III. Viewing this case in the light of the principles just discussed, we hold that the Court of Appeals erred in holding that the degree of attenuation was not sufficient to dissipate the connection between the illegality and the testimony. The evidence indicates overwhelmingly that the testimony given by the witness was an act of her own free will, in no way coerced or even induced by official authority as a result of Biro's discovery of the policy slips. Nor were the slips themselves used in questioning Hennessey. Substantial periods of time elapsed between the time of the illegal search and the initial contact with the witness, on the one hand, and between the latter and the testimony at trial, on the other. While the particular knowledge to which Hennessey testified at trial can be logically traced back to Biro's discovery of the policy slips, both the identity of Hennessey and her relationship with the respondent were well known to those investigating the case. There is, in addition, not the slightest evidence to suggest that Biro entered the shop or picked up the envelope with the intent of finding tangible evidence bearing on an illicit gambling operation, much less any suggestion that he entered the shop and searched with the intent of finding a willing and knowledgeable witness to testify against respondent. Application of the exclusionary rule in this situation could not have the slightest deterrent effect on the behavior of an officer such as Biro.

⁴² DELGADO DEL RINCÓN, L., «La regla de exclusión ..», *cit.*, , p.17.

posibilidades existen de qué los tribunales estén a favor de la atenuación de la prueba derivada.

b) Los acontecimientos que hayan ocurrido entre la obtención de ambas pruebas. Cuantos más acontecimientos y actuaciones hayan existido, más posibilidades habrá de que no se contamine la prueba derivada.

c) La gravedad de la violación originaria. Cuanto más grave sea, mayores dificultades habrá para la aceptación de la prueba derivada.

d) La naturaleza de la prueba derivada. Así, por ejemplo, será más probable que se admita la atenuación cuando se trate de una prueba personal basada en la voluntariedad, como la confesión del sospechoso practicada con todas las garantías, que si se hubiera tratado de una prueba material.

2.3. Jurisprudencia española

Ya hemos explicado que las SSTC, previamente analizadas, *86/1995, de 6 de junio* y *STC 54/1996, de 26 de marzo* (ver VI.1.3), son consideradas por algunos autores como ejemplo de la excepción de la fuente independiente y por otros como ejemplo de la excepción del nexo causal atenuado. En realidad esto no debería llamarnos la atención porque ya hemos visto que para algún autor esta segunda excepción del nexo causal atenuado es una modalidad de la primera.

De ahí que para ilustrar esta excepción en nuestra jurisprudencia vayamos a ampliar nuestra búsqueda acudiendo a las sentencias del Tribunal Supremo, en concreto a la sentencia *412/1997, de 25 de enero*⁴³. Los hechos ocurridos fueron los siguientes: Ana estaba siendo vigilada por la policía por ser sospechosa de traficar con drogas, su teléfono estaba intervenido. Ana volvió de un viaje de avión y al aterrizar cuando cogió un taxi fue abordada por la policía quien le pidió que se dirigiera en el mismo taxi a comisaría, donde se procedió a registrarla a ella y también, pero no de forma muy exhaustiva, al taxi. La policía no encontró la droga y dejó marchar a Ana. Sin embargo, ese mismo taxista que había recogido a Ana cuando procedió a limpiar su taxi, encontró el paquete de droga y lo llevó a la policía. El taxista en su momento testificó en el juicio y explicó todos estos

⁴³ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU ...*, UAB, cit., p. 446.

sucesos, hecho que fue utilizado como prueba, además de que hubo otras pruebas que fueron tenidas en cuenta por la Audiencia Provincial de Málaga para condenar a Ana por delito contra la salud pública. Ana interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, aunque no alegó la violación del art. 11 de la LOPJ. Concretamente, entre otros motivos, ella argumentaba que las escuchas habían sido ilegales y la inoperancia probatoria de todo lo que se derivara de las escuchas ilegalmente practicadas. El Tribunal Supremo explica en el FD 4º que rechazó el recurso de Ana porque a pesar de que las escuchas fueron declaradas ilegales «los hechos básicos que sustentan la condena surgen de manera totalmente autónoma de tal forma que aunque se hubiese declarado la vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones telefónicas, deberíamos sostener la absoluta incontaminación de la prueba que realmente da lugar a la condena de la recurrente».

Tal y como se establece en el FD 3º de esta sentencia: «Lo verdaderamente determinante para la inculpación de la recurrente nace de manera autónoma y de forma espontánea cuando el taxista que había transportado a la acusada a Comisaría, al realizar una limpieza del taxi encontró un paquete que estaba entre el asiento y la puerta y que como era del mismo color que la tapicería del coche no se dio cuenta, en principio, de su existencia. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales. El taxista que realizó el hallazgo comparece en el acto del juicio oral y explica la forma en que se produjo lo que, unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida intermediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. El fundamento de derecho tercero encadena una serie de indicios, tomados todos ellos a partir de la aparición de la droga, que considera suficientes para integrar, no sólo a la tenencia material de la sustancia estupefaciente sino también al ánimo tendencial que da vida al delito. Suscribimos íntegramente el razonamiento realizado en relación con los indicios que se relacionan en el fundamento de derecho antes mencionado y resaltamos, una vez más, que tales elementos probatorios son de cargo y están total y absolutamente incontaminados por la invalidez de las escuchas telefónicas».

Vemos como en este caso la prueba del testimonio del taxista y la aprehensión de la droga surgen de una manera espontánea, el taxista podía no haber dicho nada y haberse quedado la droga. El que en su momento registraran el taxi en el que venía Ana de su viaje sí que se puede relacionar con las escuchas telefónicas, pero que el taxista se presentara al día siguiente con la droga encontrada ya es un hecho al que no se puede extender la ilicitud de las escuchas telefónicas.

2.4. Crítica

Nos parece positivo el hecho de que en la jurisprudencia norteamericana se haya intentado fijar una serie de criterios objetivos para poder valorar si verdaderamente se ha producido la atenuación del nexo causal. Además nos gustaría llamar la atención sobre uno de ellos: la confesión voluntaria del propio acusado, cuyo análisis vamos a posponer al momento en que analicemos la doctrina de la conexión de la antijuridicidad. En España la introducción de criterios se produjo a nuestro modo de ver con la adopción de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad tras la sentencia del *TC 81/1998*. En este sentido, podría decirse que esta excepción se ve sustituida por la aplicación de la citada doctrina.

3. EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

3.1. Concepto

Según esta excepción no cabe excluir del proceso una prueba derivada de otra ilícita porque esta segunda habría sido descubierta inevitablemente en el curso de la investigación.

El propio Tribunal Supremo en su sentencia *5067/2009*, de 6 de julio, explica en que consiste esta excepción: «Como es sabido el origen de la teoría del "descubrimiento inevitable" se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano -- *Brewer vs. Williams*, *U.S. vs. Leccolini*-- y constituye uno de los límites a los efectos de la teoría de exclusión de los frutos del árbol envenenado. Se trata por decirlo plásticamente, de una exclusión de la exclusión, en virtud de la cual cuando la prueba obtenida como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental, se hubiera obtenido de todos modos por medios lícitos, entonces no resulta razonable su exclusión, porque en cualquier caso se hubiera llegado al mismo descubrimiento por medios lícitos. El típico ejemplo estaría constituido por un doble sistema de investigación mediante

intervención telefónica y seguimientos y vigilancias policiales autónomas de aquellos -- y por tanto no alimentadas por las informaciones de las conversaciones intervenidas, ni parasitarias de ellas--».

3.2. Jurisprudencia norteamericana

En esta excepción, denominada *inevitable discovery*, los distintos autores consultados coinciden en que su origen se sitúa en el caso *Nix vs Williams*, 467 U.S. 431, (1984)⁴⁴. En 1968 una niña de 10 años desapareció en Des Moines (Iowa). Cerca del lugar de la desaparición un testigo vio al señor Williams llevando una manta de la que sobresalían unas piernas. La policía también encontró el coche de Williams y por el camino que conducía hasta el coche distintas pertenencias de la niña. La policía procedió a detener al señor Williams en Davenport y llamaron a su abogado, asegurándole que durante el camino hasta Des Moines no sería interrogado. Sin embargo, durante el camino uno de los policías empezó a charlar con el señor Williams y éste les dio la información que permitió encontrar a la niña muerta. La niña ya estaba siendo buscada por la zona por un equipo de policías y más de 200 voluntarios. El Tribunal Supremo Federal norteamericano estimó que aunque había habido un interrogatorio ilegal el cuerpo de la niña habría sido encontrado en cualquier caso durante el proceso de búsqueda ya que el plan de rastreo incluía la zona donde finalmente resultó estar el cadáver. Digamos que las indicaciones de Williams aceleraron el descubrimiento. Así pues el Tribunal admitió como prueba el cuerpo de la niña. No obstante hay que señalar que hubo dos opiniones disidentes de los jueces Brennan y Marshall. El juez Brennan sostuvo⁴⁵ que no estuvo

⁴⁴ III.C On this record it is clear that the search parties were approaching the actual location of the body, and we are satisfied, along with three courts earlier, that the volunteer search teams would have resumed the search had Williams [467 U.S. 431, 450] not earlier led the police to the body and the body inevitably would have been found. The evidence asserted by Williams as newly discovered, i. e., certain photographs of the body and deposition testimony of Agent Ruxlow made in connection with the federal habeas proceeding, does not demonstrate that the material facts were inadequately developed in the suppression hearing in state court or that Williams was denied a full, fair, and adequate opportunity to present all relevant facts at the suppression hearing.

⁴⁵ In my view, this distinction should require that the government satisfy a heightened burden of proof before it is allowed to use such evidence. The inevitable discovery exception necessarily implicates a hypothetical finding that differs in kind from the factual finding that precedes application of the independent source rule. To ensure that this hypothetical finding is narrowly confined to circumstances that are functionally equivalent to an independent source, and to protect fully the fundamental rights served by the exclusionary rule, I would require clear and convincing evidence before concluding that the government had met its burden of proof on this issue.

suficientemente probado que la prueba obtenida hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original.

3.3. Jurisprudencia española

Hay una sentencia del Tribunal Supremo que es señalada como un claro ejemplo de la recepción de esta excepción en nuestra jurisprudencia. La sentencia es la *4754/1997, de 4 de julio*, ponente CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON. La señora Inmaculada fue condenada por un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) e interpuso recurso de casación, alegando entre otros motivos, que conforme a lo dispuesto en el art. 11.1º de la LOPJ, ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador podían surtir efecto al derivarse todas ellas de una intervención telefónica que el propio Tribunal sentenciador consideró nula por falta de motivación suficiente de la resolución judicial que la acordó. El propio Tribunal Supremo recuerda en su FD 2º la interpretación del art. 11.1 y la teoría de los frutos del árbol envenenado «Como señalan las sentencias de esta Sala nº 448/97 de 4 de Marzo y nº 472/97, de 14 de Abril, la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la L.O.P.J.), jurídicamente contaminados». Pero seguidamente el Tribunal considera aplicable a este caso la doctrina del "descubrimiento inevitable" y cómo la misma supone una excepción a la regla de la exclusión, que lleva consigo la desestimación del recurso. Así se puede leer en el FD 4º que «sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería

Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues –con independencia de ello- las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

La limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente; buena fe que en este caso concurre pues se contaba con una autorización judicial correctamente obtenida, aun cuando el Tribunal sentenciador no la haya estimado válida por insuficiencia de motivación.

No cabe apreciar, en consecuencia, que en la Sentencia impugnada se haya producido infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, debiendo desestimarse el recurso pues todos sus motivos son tributarios de esta supuesta infracción».

Es importante darse cuenta de que el Tribunal Supremo introduce la condición de la buena fe en las actuaciones policiales.

Finalmente, nos gustaría poner un ejemplo de otra sentencia del mismo ponente, la 233/2013, de 22 de enero, CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, en la que se rechaza la posible aplicación de esta excepción, que sí que fue aplicada por los tribunales inferiores. En este caso el recurrente Carlos Jesús fue condenado por un delito contra la salud pública y, entre otros motivos, la parte recurrente argumentó que, después de que

el Tribunal sentenciador anulase la prueba de cargo derivada de las intervenciones telefónicas, por vulneración de garantías constitucionales, no se motivó suficientemente la condena impuesta ni existió prueba de cargo válida que la justificase.

El tribunal declara en su FD 8º que «en la primera sentencia de esta Sala, 974/1997, de 4 de Julio , que admitió expresamente el descubrimiento inevitable como supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad (anterior en realidad a la doctrina constitucional establecida en la STC 81/98, de 2 de abril) se hace referencia a que la aplicación de este supuesto de desconexión solo es factible cuando " inevitablemente " y por métodos regulares, existían cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de los hechos, es decir cuando las pruebas cuestionadas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha, y siempre en supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe". Este no es, sin embargo, el supuesto actual. En efecto, con independencia de que pudiesen existir sospechas sobre la dedicación del acusado a la venta de droga y seguimientos que pudiesen revelar su "modus operandi", lo cierto es que la operación en la que se produce su captura se genera exclusivamente por la información específica, obtenida en la escucha que el propio Tribunal sentenciador ha considerado ilícita, de que en el día de la fecha y en horas de la tarde, Carlos Jesús realizaría transacciones de cocaína, siendo ésta la razón por la que ese día se dispuso un servicio de vigilancia sobre el investigado .

Al margen de la información obtenida de las escuchas, la policía solo pudo observar que el acusado acudió con su esposa a un Centro Comercial y desde su aparcamiento realizó varias llamadas telefónicas, cuyos destinatarios y contenido se ignoran, conducta que, por sí misma, no pueda determinar indicio alguno de dedicación al tráfico de estupefacientes, por lo que, con independencia de la información previa, obtenida en las intervenciones anuladas, no concurre dato alguno que hubiese llevado inevitablemente a la detención del recurrente.

No concurre, en consecuencia, un supuesto de descubrimiento inevitable que justifique la ruptura de la conexión de antijuridicidad pues no existían otros cauces en marcha o actos de investigación diferentes que hubiesen desembocado de todos modos en el descubrimiento de los hechos, a través de una fuente sin tacha».

3.4. Crítica

Los jueces llevan a cabo un juicio de probabilidad, de hipótesis, de conjeturas, que consisten en dar por hecho cosas que no sabemos si en realidad habrían pasado. Esta es la principal crítica que se hace desde la doctrina⁴⁶ a esta hipótesis y a la que nos adherimos.

Sirva como ejemplo las dos sentencias dictadas por Conde-Pumpido antes comentadas. Tras comparar los dos relatos de hechos, no nos parecen que los hechos en los dos casos sean tan diferentes. En ambos casos había indicios de tráfico de drogas, seguimientos previos y se reconoció que la intervención telefónica era ilegal. No somos capaces de apreciar tan claramente como lo hace el Tribunal que en el primero estaba claro que sí que se iba a descubrir la actividad del tráfico de drogas aun sin tener la información fruto de las escuchas telefónicas y en cambio, no en el segundo, donde según los jueces fue vital la información obtenida de las escuchas para fijar la fecha y hora en que se produjo el intercambio de droga.

4. EXCEPCIÓN DEL HALLAZGO CASUAL

4.1. Concepto

En ocasiones en el curso de unas diligencias de investigación de un ilícito penal (se llevan a cabo escuchas telefónicas, entradas y registros en domicilios, entre otros) se obtienen pruebas que pueden servir para acreditar que la persona investigada estaba cometiendo otro delito (o también puede darse el caso que se obtengan pruebas contra un tercero que no era aquel a quien se estaba investigando inicialmente). ¿Podemos considerar estas pruebas válidas para acreditar el segundo delito si por ejemplo en el

⁴⁶ PLANCHAT TERUEL, J.M., capítulo «Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento», en *Estudios sobre Prueba Penal Volumen I*, (dir. LLUCH, X.A y RICHARD GONZÁLEZ, M.), La Ley, Madrid, 2010, p. 98. Este autor sostiene que: «este supuesto parte de un planteamiento hipotético formulado a la inversa: la prueba se hubiese obtenido forzosamente aun de no mediar una actuación lesiva a los derechos fundamentales. Lo espinoso de esta excepción, sobre todo desde el prisma de su demostración en juicio, arranca precisamente de su presupuesto hipotético de tener el hecho como inevitable».

MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit*, p.146. Así el autor señala que: «desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita y la excepción del “descubrimiento inevitable” autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita...».

registro autorizado no se contemplaba de manera específica que se estuvieran buscando pruebas para demostrar la comisión de ese delito? ¿Es el registro ilícito y por tanto las pruebas derivadas inválidas?.

Esta excepción se ha considerado como una variante de la excepción del descubrimiento inevitable⁴⁷. Un ejemplo de la íntima relación entre los hallazgos casuales y la teoría del descubrimiento inevitable lo podemos encontrar en un Auto del Tribunal Supremo 214/2003, de 12 de junio. En este auto se da respuesta al recurso de casación presentado por la recurrente que fue condenada a un delito de estafa y a otro contra la salud pública. La recurrente fue investigada por una posible estafa relacionada con contratos telefónicos y en el transcurso de unas diligencias de registro en su domicilio, al registrarla a ella se le encontró droga. Se presentó recurso de casación en relación con la condena por el delito contra la salud pública al basarse en el resultado de un registro domiciliario que estimaban había de reputarse nulo al efecto por haber sido autorizado para la investigación de un delito de estafa y no de un delito contra la salud pública.

El Tribunal Supremo inadmitió el recurso, así en su FD 2º: «Como lo hemos sostenido en otros precedentes, aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate. (STS de 18 de febrero de 2002).C) Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional: el hallazgo de la droga en el pantalón de la acusada, en el curso de la diligencia de entrada y registro, es un hallazgo que, aunque se conceptuase como no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguna nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del Secretario

⁴⁷ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU.*, UAB, cit, p. 355 Este autor afirma: «En realidad si somos un poco observadores, y el propio Tribunal Supremo lo intuye como acabamos de citar, estamos ante una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable en donde el hallazgo casual elimina la conexión de la antijuridicidad y por tanto convierte la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente en prueba de cargo válida para condenar. A la luz de estos antecedentes jurisprudenciales y siguiendo la línea de comparación entre ambas doctrinas considero que es viable afirmar que la doctrina europea y española de los hallazgos casuales posee una significativa analogía con la teoría del hallazgo inevitable o descubrimiento inevitable. Como deducción opino que la fuente y origen de la tesis de los hallazgos casuales la situamos históricamente en la jurisprudencia norteamericana de la *inevitable discovery*».

Judicial, que fedataba la diligencia, y la detenida fue interrogada judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien».

Pero por lo que nos ha llamado la atención esta sentencia es que el propio Tribunal reconoce que en este caso se podía haber aplicado igualmente la excepción del descubrimiento inevitable, lo cual apoya la tesis de la íntima relación entre las mismas. Así en el FD 2º de la sentencia podemos leer: «D) Junto a la tesis de los hallazgos casuales, puede aplicarse al caso que nos ocupa igualmente la teoría del "descubrimiento inevitable". Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado...». En este caso, el pertinente cacheo a la detenida hubiera dado probablemente como resultado la ocupación de la sustancia estupefaciente que la acusada ocultaba en su pantalón, por lo que el Tribunal estimó que la licitud en la obtención de la prueba incriminatoria quedaba fuera de toda duda.

4.2. Doctrina procesal europea

El propio Tribunal Supremo en su *sentencia 6176/2000, de 21 de julio*, para justificar la utilización de las pruebas derivadas de los hallazgos causales hace referencia al derecho procesal penal europeo. Así en el FD 1º.4 de esta sentencia se señala: «Sin embargo, en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El parágr. 100 b) de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art.389 CPrP (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa».

4.3. Jurisprudencia española

Tras la lectura de diversas SSTs encontramos dos maneras de dar cobertura a los hallazgos causales: la teoría de la flagrancia⁴⁸ y la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente "adición".

A) *La teoría de la flagrancia*

La *sentencia 1470/2003, de 4 de marzo*, es un ejemplo de aplicación de la teoría de la flagrancia. Jesús fue condenado por un delito contra la salud pública y otro por delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa. Jesús intentó robar en un local, forzando la cerradura de la puerta, pero el dueño del mismo lo sorprendió y dio aviso a la policía. Posteriormente la policía consiguió autorización judicial para registrar el domicilio de Jesús bajo la sospecha de que podrían encontrar en él objetos robados. Cuando los agentes llevaron a cabo el registro también encontraron droga. En el recurso de casación se argumentaba que la droga encontrada en dicho registro no podía utilizarse como prueba para condenar a Jesús por el delito contra la salud pública (tráfico de drogas).

Sin embargo, el TS desestimó el recurso ya que consideró que el hallazgo casual de la droga queda amparado por la flagrancia delictiva. Así se recoge en el FD 4º que: «Ahora bien, si para la entrada es suficiente, el registro debe orientarse por criterios de especialidad, de modo que no se puede buscar (registrar) aquello para lo que no se está facultado por la autorización judicial. Esto nos lleva directamente al problema de los hallazgos casuales, que pueden acontecer, y a menudo sucede, en todo registro domiciliario, en los que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente

⁴⁸ Sobre el concepto de flagrancia, vid. la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que define la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' - visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito". Se trata, precisa la alta instancia, de un género de circunstancias en el que "queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención".

En todos los casos se condiciona la flagrancia a la doble exigencia de que el delito sea directamente percibido por alguien mientras se halla en vía de ejecución y que, precisamente, la salvaguarda del bien jurídico en riesgo haga necesaria de una intervención inmediata sobre esa realidad en curso, aunque la misma tenga que darse en perjuicio de un derecho constitucional como el representado por la intimidad domiciliaria.

interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, armas, facturas o dinero falso.

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra consideración casacional: el hallazgo de la droga en la chaqueta del acusado detenido, en el curso de la diligencia de entrada y registro, es un hallazgo que, aunque se conceptuase no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial -que sí lo contemplaba, por otro lado-, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguna nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del secretario judicial, que fedataba la diligencia, y el detenido fue interrogado judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien».

DIAZ CABIALE⁴⁹ se muestra especialmente crítico con el TS cuando utiliza el concepto de flagrancia. Así viene a considerar que en determinados tipos de delitos, como tenencias de drogas, o armas, distintos a otros como homicidios, o agresiones sexuales, es posible paralizar el registro, adoptándose previamente las precauciones oportunas, y obtener la correspondiente ampliación de la autorización judicial.

En esta misma línea, el TS cuando no se ha podido hablar de flagrancia ha considerado que no había pruebas suficientes y ha absuelto a los condenados. Así lo hizo en la sentencia 5933/2006, de 20 de septiembre. En este caso hubo un incendio en una vivienda al que acudieron los bomberos. Una vez sofocado el incendio dos policías locales acudieron para ver si había habido víctimas y se dieron cuenta de que en la casa había un laboratorio de producción de droga, procediendo a comunicar esta circunstancia a la policía nacional. El responsable de la policía nacional obtuvo autorización telefónica de la Jueza de Instrucción para registrar la vivienda y los agentes de la policía nacional procedieron a intervenir los materiales y drogas que encontraron. A consecuencia de estos hechos Arturo y Roberto fueron condenados por un delito contra la salud pública. En el recurso de casación presentado ante el TS argumentaron, entre otros motivos, vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE), porque entendieron que la causa tenía origen en una diligencia de registro de vivienda, producida sin disponer de mandamiento judicial, sin autorización del interesado y sin que se hallase en curso de ejecución un delito susceptible de ser calificado como flagrante. Argumentos estos que

⁴⁹ DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 189-197.

habían sido desechados por el tribunal de instancia que aplicó la excepción del hallazgo casual. Pues bien, el TS dado que rechazó la existencia del delito flagrante, determinó la invalidez del registro y la violación del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE), propuso la aplicación del art. 11.1 LOPJ e inadmitió las pruebas conseguidas en ese registro y dado que no había otras pruebas de cargo, absolvió a los dos condenados. El tribunal estableció en el FD 7º que: «pues bien, a tenor de estas consideraciones no puede ser más claro que en el supuesto a examen no existió delito flagrante, por lo que el registro policial de la vivienda careció abiertamente de justificación. Y es que, en efecto, los bomberos, en el curso de su intervención, fueron testigos directos de que estaba vacía; de que no había en ella personas en situación de riesgo y tampoco alguna actividad en marcha. No concurría, pues, ninguna circunstancia habilitante para el allanamiento. Así, como se ha dicho, aun considerando admisible la primera inspección, dada la situación de emergencia, la intervención de los agentes tendría que haber cesado de manera inmediata, para trasladar al juzgado la noticia de lo advertido y dar lugar así a una actuación ajustada a la legalidad.

Invoca la sala la doctrina del hallazgo casual, tratando de dar un imposible marchamo de regularidad a la actuación descrita. Pero lo evocación no puede ser menos pertinente, porque para que lo obtenido de ese modo pueda ser tomado en consideración a efectos probatorios, es necesario que el descubrimiento acontezca en el curso de una intervención regular, que es, justamente, lo que aquí falta. Pues, si hubiera sido legítima la constatación por la policía municipal de ciertos indicios de delito, y éstos idóneos para fundar un registro judicial; no lo fue en cambio el de carácter exclusivamente policial llevado a cabo, que es el contexto en el que se produjo la incautación de la cocaína y demás objetos. Siendo así, la conclusión sólo puede ser una: el derecho fundamental que consagra el art. 18,2 CE se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la única base de la sentencia impugnada, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma y, en general, de las actuaciones. Es por lo que el conocimiento obtenido de ese modo tendría que haber sido tratado de la forma que impone el art. 11,1 LOPJ, que lo hace rigurosamente inutilizable.

Por consiguiente, y ya que no existe información de cargo procedente de una fuente diversa, hay que entender asimismo lesionado el derecho a la presunción de inocencia de

los acusados (art. 24,2 CE), pues la condena se funda exclusivamente en pruebas fruto de una actividad investigadora connotada de ilegitimidad constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre, 81/1999, de 2 de abril, 49/1999, de 5 de abril).

Así, deben acogerse los motivos que han sido objeto de estudio, lo que hace innecesario detenerse en tratamiento de los restantes».

B) Regla de la conexidad

El ATS 6112/2008, de 3 de julio de 2008, es un ejemplo de la aplicación de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300⁵⁰ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Carlos Manuel fue condenado por un delito contra la salud pública y un delito por tenencia ilícita de armas. La policía fue a casa de Carlos Manuel buscando drogas, con la autorización judicial pertinente, pero no sólo encontró drogas sino también un arma. La defensa de Carlos presentó recurso de casación argumentando, entre otros motivos, que el auto con el que se habilitó la entrada de domicilio carecía de cobertura y solicitando que se anulara la prueba del arma. El Tribunal desestimó el recurso de casación aplicando las normas de conexión de los art. 17.5 y 300 de la LECr. Se puede leer en el FD 1º C que: «en cuanto a la denunciada falta de cobertura en el auto habilitante para el registro respecto al delito de tenencia ilícita de armas, procede recordar que, si bien es cierto que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas contra la salud pública y efectos de ilícita procedencia, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieran a conductas delictivas distintas quede desamparado de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio (SSTC 49/1996 y 41/1998; SSTS 102/2007 y 968/2007). Por tanto, el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, al haber dado la investigación sobre éste resultado positivo, aplicándose las normas de conexión de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste. Además es doctrina de esta Sala que la prueba obtenida como

⁵⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 17.5.º Delitos conexos: Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

Art 300: Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.

consecuencia de un hallazgo casual durante una diligencia de entrada y registro debidamente autorizado, es válida y puede ser utilizada para enervar la presunción de inocencia».

4.4. Crítica

A nuestro modo de ver y examinando distintas resoluciones judiciales, en el momento en que los tribunales justifican que las diferentes diligencias de investigación (registros, escuchas, etc) son lícitas y no violan derechos fundamentales, en base a la teoría de la flagrancia o las normas de conexión de los art. 17.5 y 300 de la LECr., además de tener en cuenta otros elementos, como el principio de proporcionalidad o el principio de especialidad⁵¹, no estamos en el supuesto de hecho del art. 11.1 de la LOPJ.

Dado que no se ha producido entonces una violación de un derecho fundamental y por tanto, no hay un supuesto de pruebas derivadas de otra ilícita, no existiría como tal la excepción del hallazgo casual, como una excepción a la aplicación del art. 11.1.

A la misma conclusión de que no existía violación de derecho fundamental pero basándose en otros argumentos distintos de la flagrancia o las normas de conexión llega el Tribunal Constitucional en un supuesto francamente complejo. En la *STC 173/2011, de 7 de noviembre*, se resuelve el recurso de amparo presentado por Carlos condenado por un delito de corrupción de menores. Lo llamativo del caso fue la forma en que se descubrieron las pruebas que incriminaron a Carlos. A Carlos se le rompió su ordenador y lo llevó a reparar. Tras la reparación el técnico informático hizo una serie de comprobaciones en el ordenador y al acceder al disco duro del mismo se encontró con una serie de imágenes pornográficas de menores y decidió, sin decirle nada a Carlos, ir a la policía con el ordenador. Los policías accedieron al mismo, vieron las fotos y videos y posteriormente entregaron el ordenador al grupo de pericias informáticas. Se trata de un hallazgo casual, nadie sospechaba de Carlos, fue un particular el que aportó el ordenador a la policía. Carlos fue interrogado y finalmente condenado por el delito de corrupción de menores. En su recurso de amparo se alegaba, entre otros motivos, que se habían violado

⁵¹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPLER, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº2, 2011. La autora considera que: «por su parte, el otro de los principios apuntados, el así llamado principio de especialidad, viene referido a determinar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia, de modo que sólo ciñéndose a ese ámbito se puede sostener la legalidad de dicha diligencia».

sus derechos fundamentales de intimidad (art. 18.1 CE) y secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) al acceder al contenido de su ordenador y como todas las pruebas de cargo habían sido directa o indirectamente obtenidas de manera ilícita debían ser anuladas en aplicación del art. 11.1 de la LOPJ.

El TC examinó por separado si el técnico informático había violado estos derechos y si los había violado la policía, ya que en un primer momento la intervención policial no contó con autorización judicial. Es especialmente significativa la argumentación jurídica del Tribunal para justificar que la policía no violó los derechos fundamentales del recurrente. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la gravedad del delito, la posible desaparición de pruebas y otra serie de circunstancias, el Tribunal acabó concluyendo que la violación no se había producido, aunque hay que señalar que hubo un voto particular. Me parece interesante recoger las manifestaciones del Tribunal sobre el principio de proporcionalidad en el FJ 7º: «A estas apreciaciones, habría de añadirse que la actuación policial respetó el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito (del terminal informático se podían extraer —como así fue— pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación), imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos graves) y fue ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes. En este punto, merece subrayarse que el órgano judicial no estuvo durante un espacio prolongado de tiempo al margen de la iniciativa adoptada por la policía, pues ésta inmediatamente (a los dos días) dio cuenta al Juez de instrucción, pudiendo entonces éste hacer la conveniente ponderación sobre si dicha diligencia estaba o no justificada, después de oír, como hemos visto, al instructor del atestado instruido».

Una vez que el Tribunal concluyó que no se había violado ningún derecho fundamental, en el acceso al ordenador, el resto de las pruebas directas o indirectas fueron consideradas igualmente válidas.

Si en un caso como éste el Tribunal hubiese establecido que sí se habían violado los derechos fundamentales de Carlos, pero que a pesar de esto, las pruebas directas o indirectas conseguidas eran igualmente válidas, sí que estaríamos ante un supuesto de una excepción del art. 11.1 LOPJ. Sin embargo, en los casos de hallazgos casuales, los tribunales acaban aceptando y justificando la prueba que los recurrentes reclaman como ilícita, con lo cual las pruebas que derivan de la misma son asimismo admisibles, pero no

ya como una excepción al art. 11.1. De ahí que solamente hayamos encontrado un autor (ALCAIDE GÓNZALEZ) que sí considera el hallazgo causal como una excepción, aunque la reconduce a una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable

5. DOCTRINA DE CONEXIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

5.1. Concepto.

Ya hemos analizado sentencias del TC como la *86/1995, de 6 de junio* y la *54/1996, de 26 de marzo*, y del TS como la *4754/1997, de 4 de julio* como ejemplos de introducción de distintos límites a la eficacia refleja de la prueba ilícita. Pues bien, la doctrina coincide en que *la STC 81/1998* supone la introducción de otro límite, la llamada conexión de la antijuridicidad.

En dicha sentencia el TC resuelve el recurso de amparo interpuesto por Juan Salvador que había sido condenado por un delito contra la salud pública. Tuvo lugar una intervención del teléfono de Juan Salvador, tras las escuchas telefónicas practicadas Juan Salvador fue detenido por la policía saliendo de casa de un amigo y tras un cerco policial intenso la policía encontró dos bolsas de droga que éste había arrojado al suelo.

Juan Salvador alegó, entre otros motivos que las pruebas que habían servido para sustentar su condena procedían de unas intervenciones telefónicas ilegales, obtenidas vulnerando su derecho al secreto de las comunicaciones, con lo cual el resto de las pruebas no podían ser utilizadas y al condenarlo se habían vulnerado sus derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En esta sentencia se establece que además de la conexión causal-natural entre la prueba ilícita y las lícitas derivadas de ésta se debe apreciar para prohibir las mismas la conexión de antijuridicidad. Se puede leer en el FJ 4º: «en la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones».

Como afirma LÓPEZ BARJA de QUIROGA ⁵² con esta sentencia la doctrina de la conexión de la antijuridicidad se superpone a la de la conexión natural, añadiéndose más

⁵² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 999

exigencias para establecer o no la vinculación entre las pruebas derivadas y las pruebas ilícitas.

Para apreciar o no la existencia de la conexión procede llevar a cabo un doble análisis:

— la perspectiva interna, atendiendo a la índole o importancia y características de la violación, así como a la entidad del resultado, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos.

En el FJ 4º de la sentencia se declara: «...hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella;»

— la perspectiva externa, atendiendo a las necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado. En el mismo FJ 4º mencionado anteriormente el tribunal señala: «...pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige».

En el FJ 6º se recoge, en relación con el análisis de la perspectiva externa, el atender a la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria: «...para resolver esa cuestión, ha de valorarse en primer término que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones...». Además habrá que examinar la entidad objetiva de la vulneración: «Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea *a posteriori*, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental».

En cuanto a la naturaleza de la conexión de antijuridicidad en la misma sentencia el TC afirma que no se trata de un hecho sino de un juicio de la experiencia, así en el FJ 5º podemos leer que: «...el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo...».

En el caso que nos ocupa el TC consideró que el TS al no admitir como prueba las conversaciones grabadas (se había violado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones al obtenerlas) ya había respetado el derecho al proceso con todas las garantías y al estimar que la ilicitud no se extendía al resto de las pruebas (por ejemplo a las declaraciones testificales de los agentes), éstas eran suficientes para probar la culpabilidad y no se violaba tampoco el derecho a la presunción de inocencia.

5.2. Jurisprudencia española. La confesión voluntaria.

Otro ejemplo lo encontramos en la *STC 8/2000, de 17 de enero*. El señor Castelló fue condenado por un delito contra la salud pública, interpuso el recurso argumentando, entre otros motivos, que se había violado su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), ya que el auto de entrada en su domicilio y en el de su pareja, Carmen, donde se encontró finalmente la droga, no era válido dado que carecía de motivación suficiente. Tras el detallado examen del auto y del oficio policial el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que el mismo no era correcto y sí que se había violado su derecho a la inviolabilidad del domicilio. La droga encontrada fue utilizada como prueba. Tal y como se afirma en el FJ 8º: «dicha valoración pudiera vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, pues constituyen "la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental" (STC 94/1999, FJ 8) y han sido utilizadas frente a la víctima de dicha vulneración desequilibrando el proceso en su contra, (STC 94/1999, FJ 6). Aunque el recurrente no era el titular de la vivienda registrada, convivía en ella con quien sí lo era --la coimputada Carmen García Rodríguez». Pero además de la droga encontrada en el registro ilegal, a la hora de condenar al señor Castelló se tuvieron en cuenta sus propias declaraciones y las de la coimputada, su pareja, Carmen. Al considerar que respecto a las mismas se había roto la conexión con el registro, no se estimó el recurso de amparo. En su FJ 10º el tribunal concluye que: « por consiguiente, ha de sostenerse

que la existencia de una relación natural entre las declaraciones del acusado --efectuadas ante el Juez de Instrucción durante el careo con la coimputada-- y el ilícito registro, no impide reconocer la inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre ambos, dado que se efectuaron con todas las garantías y que la libertad de decisión del acusado al prestarlas permite la ruptura jurídica, tanto desde una perspectiva interna como externa, del enlace causal existente entre la confesión y el acto vulnerador del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello ha de hacerse extensible por idénticas razones a las declaraciones prestadas por la coimputada no sólo durante el juicio oral, sino ante el Juez de Instrucción en un primer momento y en el mencionado careo».

Cuando hemos analizado la excepción de la fuente independiente, la del nexo causal atenuado y ahora cuando hemos expuesto el ejemplo de la sentencia previa hemos hecho referencia a las confesiones voluntarias de los acusados. Con la introducción de la doctrina de la conexión de la antijuridicidad el doble análisis de la perspectiva interna y externa se incorpora a la consideración de estas confesiones.

Para el Tribunal Constitucional está muy claro que las confesiones de los acusados se pueden separar de la prueba ilícita previa y las califica como voluntarias y espontáneas.

Así en el FJ 7º de la *STC 136/2006, de 8 de mayo*: «Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental».

Argumentos que se reiteran, por ejemplo, en el FJ 4º de la *STC 66/2009*, anteriormente comentada: «Por otra parte hemos mantenido la desconexión de antijuridicidad, por gozar de independencia jurídica, en supuestos de declaración autoincriminatoria, no sólo de acusado en plenario (*SSTC 136/2006, de 8 de mayo, FFJJ 6 y 7, y 49/2007, de 12 de marzo, FJ 2*), sino incluso de imputado en instrucción (*SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 8; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2*), y entre la declaración de imputado y la entrada y registro (*STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8*) “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas

declaraciones, que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas”, y porque “la admisión voluntaria de los hechos no puede considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental». Postura ésta que ha sido criticada por diferentes autores.

Así, por ejemplo, ANDRES IBAÑEZ⁵³ es de la opinión de que no se debería autorizar interrogatorios sobre datos, efectos, u objetos que se pusieran de manifiesto tras una diligencia en la que se violasen derechos fundamentales, por ejemplo, un registro domiciliario ilícito. Vamos a imaginarnos que se encuentra droga como resultado de un registro que luego resulta ser ilegal. Este autor sostiene que la persona no debería ser preguntada por esa droga, preguntar por ella es darle validez al registro en que se encontró dicha droga. A mi modo de ver habrá que situarse en las circunstancias concretas de cada caso: así, el interrogatorio podría haber sido basado en otros aspectos de la investigación policial, en otros indicios, sin hacer referencia al alijo de droga hallado, que hubieran conducido a obtener del acusado una confesión, por ejemplo, aumento de la cantidad de dinero que la persona maneja sin justificación legal. Si la confesión se logra de esta manera, en realidad estaríamos ante una prueba independiente, no una prueba derivada.

Siguiendo con la opinión de ANDRES IBAÑEZ, éste sostiene que a pesar de que la persona esté asistida por un letrado, se le informen de sus derechos, etc no parece que pueda entender la complejidad de las implicaciones de la ilicitud de las pruebas, la regla de exclusión, la eficacia refleja de la prueba ilícita. Por ello realmente su confesión no es tan «voluntaria» ni «espontánea» como argumenta el Tribunal Constitucional. Respecto a la falta de conocimientos del acusado medio en la que insiste ANDRES IBAÑEZ, entiendo que se debe confiar en la profesionalidad de los abogados españoles a los que se supone estos conocimientos y cómo van a hacer todo lo posible para que el cliente entienda las implicaciones legales de su confesión y le aconsejarán oportunamente. No

⁵³ ANDRÉS IBAÑEZ, P., «La función de las garantías en la actividad probatoria», ejemplar dedicado a la restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, p. 240. Este autor afirma: «En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal».

obstante, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁵⁴ mantiene que si a pesar de la asistencia del letrado, la adecuada información sobre sus derechos, etc. el acusado lleva a cabo una declaración que le incrimina es que está mal asesorado.

También se muestra muy crítico ASECIO MELLADO quien estima que la confesión requiere para ser considerada plenamente libre y consciente que se produzca una vez anulada la prueba ilícita originaria y siempre que el imputado conozca tal nulidad y por ello sea consciente de su situación procesal.

Igualmente se muestra muy reacio a admitir esta doctrina del TC sobre la confesión voluntaria el autor MIRANDA ESTRAMPES⁵⁵ que considera que la misma es inadmisibile y que con ella se incumple plenamente el art. 11 de la LOPJ.

El Tribunal Supremo consciente de las innumerables críticas que ha venido suscitando entre la doctrina la cuestión de las confesiones voluntarias ha ido introduciendo una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta por los jueces ordinarios a la hora de establecer si existe o no la conexión de antijuridicidad entre las confesiones voluntarias y la prueba originaria ilícita. Nos parece especialmente ilustrativa la sentencia *STS 7531/2011, de 18 de octubre de 2011*, en cuyo FJ 3º.2 se van recogiendo estos criterios a examinar en cada concreto.

«De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido en diferentes sentencias recientes (SSTS 406/2010, de 11-5 ; 529/2010, de 24-5; 617/2010, de 22-6; 1092/2010, de 9-12; y 91/2001, de 18-2, entre otras) una doctrina que matiza o singulariza en el caso concreto la aplicación de la desconexión de la antijuridicidad en los supuestos de reconocimiento de los hechos. Como requisitos esenciales establecidos en ese bagaje jurisprudencial deben citarse los siguientes:

⁵⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1021.

⁵⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita...», *cit*, p.149. Este autor sostiene: «En mi opinión, esta doctrina resulta inadmisibile, pues mediante esta argumentación se acaba reconociendo a la confesión del acusado virtualidad para subsanar las ilicitudes cometidas inicialmente, autorizando, por esta vía, el acceso al proceso de los elementos probatorios obtenidos con la práctica de una diligencia de investigación vulneradora de derechos fundamentales. Con ello se incumple la prohibición de valoración del art. 11 LOPJ. Por otro lado, difícilmente puede admitirse que se trate de una confesión voluntaria, pues como pone de manifiesto un sector de la doctrina, si el confesante hubiera sabido que lo obtenido con violación de derechos no tendría ningún valor en el proceso seguramente no habría confesado su participación en los hechos (Gascón, 2005, 82).

a) La eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional, según tiene afirmado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

b) La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

c) El imputado ha de estar debidamente asistido del letrado.

d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa.

e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.

f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible que ha sido descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita.

5.3. Crítica

Son muchos los autores que se muestran críticos con esta doctrina, destacan especialmente entre ellos DIAZ CABIALE y MARTINEZ MORALES⁵⁶, LÓPEZ BARJA DE QUIROJA y ASECIO MELLADO⁵⁷.

Todos ellos coinciden en que el art. 11.1 LOPJ supone la incorporación a nuestro ordenamiento de lo que la jurisprudencia norteamericana denominó *the fruit of the poisonous tree doctrine*, que posteriormente se fue constatando la presión social ya que la aplicación estricta de esta doctrina implicaba que, en ocasiones, quedaban sin castigo delitos de gran impacto social y que, finalmente, el TC se vio en la tesitura de reformular la garantía de la no inclusión de las pruebas directas e indirectas obtenidas por violación

⁵⁶ DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTIN MORALES, R., «La teoría de conexión de la antijuridicidad», en *Jueces para la democracia*, nº 43, 2002, p. 39 y ss.

⁵⁷ ASECIO MELLADO, J.M., «La teoría de conexión de la antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales», *Jueces para la democracia*, nº 66, 2009, p. 85 y ss.

de derechos fundamentales. Asimismo todos critican la importación a la jurisprudencia española de principios y construcciones propios de la jurisprudencia norteamericana y aplicarlos de manera preferente a la LOPJ y a la propia Constitución. El ordenamiento norteamericano concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir abusos *policiales (deterrent effect)*, pero no como derecho fundamental en sí mismo.

LÓPEZ DE BARJA viene a afirmar que con esta doctrina se pretende, aunque los tribunales no lo llegan a decir, introducir la teoría de la ponderación de intereses. La consideración de otros valores como la seguridad ciudadana, la búsqueda de la verdad, poner remedio a una normativa incompleta respecto a los aspectos esenciales de la investigación, como por ejemplo, los registros domiciliarios, intentando minimizar los errores policiales o judiciales para evitar la anulación de las pruebas y que los supuestos culpables no queden sin castigo, etc, no permiten justificar la aplicación de esta doctrina.

Estos autores mantienen que la introducción de esta doctrina ha supuesto la desaparición de la naturaleza procesal de la garantía, hasta el punto de que la excepción, el límite se ha pervertido, para llegar a convertirse en un mecanismo de subsanación de la prueba ilícitamente obtenida, ya que la prueba indirecta que deriva de la prueba ilícita al ser admitida en el proceso subsana la prueba ilícita.

Incluso llega a sostener ASECIO MELLADO que con esta doctrina no se va a lograr que la policía mejore sus métodos para evitar el uso de mecanismos inconstitucionales en sus procesos de investigación, sino que al contrario se puede incentivar estas conductas ya que los agentes pueden pensar que vale la pena el intento puesto que la prueba ilícita obtenida puede ser subsanada si se admiten posteriormente las pruebas derivadas.

No obstante todas estas críticas, ASECIO MELLADO reconoce que el origen último de esta situación la tiene la irresponsabilidad del legislador. Así considera que la falta y/o parquedad de disposiciones legales en la LECr ha sido suplida por creaciones jurisprudenciales, lo que introduce una inseguridad jurídica en las actuaciones policiales, pero que esto no sirve para justificar la actuación del TC y del TS, que al crear y aplicar esta doctrina para restringir la aplicación del art. 11 LOPJ, han acabado desactivando la garantía del mismo.

Finalmente nos gustaría añadir que las críticas a esta doctrina no vienen sólo desde el ámbito de los distintos autores, profesores universitarios, etc sino que también se encuentran votos particulares en sentencias que rechazan de plano la misma. Así destacamos el voto particular del magistrado Perfecto Andres Ibañez en la Sentencia *TS 2885/2011, de 7 de abril*, que manifiesta, entre otras críticas, FD 6º: «Es que, vigente el art. 11,1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales».

6. EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL

6.1. Concepto

A diferencia de las excepciones y límites en la aplicación del art. 11 de la LOPJ que hemos estudiado hasta el momento, la que ahora nos ocupa constituye una excepción a la aplicación directa de la regla de exclusión. Aplicando esta excepción se admite en el proceso la prueba ilegal obtenida por los policías, cuando su actuación haya sido razonable y éstos actuasen creyendo que lo hacían dentro de la norma.

6.2. Jurisprudencia norteamericana

Esta excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano, *United States v. Leon 468 U.S. 897 (1984)*. En 1981 la policía de Burbank, California, recibió ciertas informaciones sobre actividades de tráfico de droga que podían estar realizando Armando y Patsy e iniciaron el seguimiento de los mismos. Esa investigación también se extendió a Del Castillo que visitaba su residencia y León que era un empleado de Del Castillo. Finalmente la policía solicitó la orden de registro con la que accedieron a las viviendas de éstos y encontraron la droga que sirvió para condenarlos por tráfico de drogas. Posteriormente el Tribunal Superior consideró que el acto judicial que había autorizado la entrada a los domicilios no era válido. Cuando el caso llegó al Tribunal Supremo éste estimó que como los policías habían actuado en el

convencimiento de que la autorización judicial era válida, es decir, habían actuado de buena fe, las pruebas encontradas debían ser admitidas.

6.3. Jurisprudencia española

Todos los autores consultados coinciden en que esta excepción ha sido acogida por el TC en su sentencia 22/2003, *de 10 de febrero*. En ella el TC resuelve el recurso de amparo presentado por Atilano que había sido condenado como autor de un delito de amenazas y otro de tenencia ilícita de armas de fuego. Atilano disparó en su casa su arma Beretta que su mujer logró arrebatarse tras un forcejeo. Posteriormente la mujer avisó a la policía. Finalmente los policías accedieron al domicilio, sin presencia de Atilano y con el consentimiento de la mujer, donde encontraron la pistola. La defensa del acusado planteó la vulneración del art. 18.2 CE, alegando que el registro fue realizado sin autorización judicial y sin presencia del acusado, y sin que se tratase de un delito flagrante, porque la policía intervino cuando el acusado salió de su casa. Por consiguiente, la defensa solicitó que se declarase nulo el registro y nulas las actuaciones subsiguientes

Igualmente se invocó la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber reconocido las resoluciones judiciales la validez de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y por basarse la condena, respecto del delito de tenencia ilícita de armas, exclusivamente en las pruebas obtenidas en dicho registro domiciliario.

En el caso que nos ocupa el Tribunal decidió admitir la validez de la prueba encontrada en el registro, esto es, el arma, prueba que emanaba directamente de la violación de un derecho fundamental, aunque el Tribunal reconoció que sí se había violado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de Atilano. Así en el FJ 10º el Tribunal declara: «...No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial.»

De ahí que el Tribunal desestimó el recurso de amparo. No obstante uno de los magistrados, don Guillermo Jiménez Sánchez emitió un voto particular rechazando la validez del consentimiento otorgando por la esposa y considerando que la invalidez del registro, que si violaba el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, conllevaba también la nulidad de la prueba que constituía la pistola encontrada. Así este magistrado señala: «Ciertamente, en el presente caso, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la validez del consentimiento de la mujer, podría afirmarse que los agentes policiales que practicaron el registro actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente, e incluso que su error era objetivamente invencible, lo que permitiría afirmar la ausencia de responsabilidad penal o de otro tipo derivada de este hecho. Pero, pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del proceso justo... ».

6.4. Crítica

El peligro que entraña la admisión de esta excepción es que la misma pueda constituir un incentivo para las conductas que se quieren evitar. Así si para aplicar esta excepción se atiende a la intencionalidad de la policía y a la falta de conocimiento y/o claridad de la norma, con la misma se puede fomentar el error, la ignorancia de estos mismos policías que ven, que en definitiva, se admiten las pruebas conseguidas aunque se haya violado un derecho fundamental del ciudadano.

En el voto particular de la sentencia que hemos comentado en el punto anterior emitido el magistrado sostiene que aunque no haya habido dolo, ni imprudencia por parte de los policías no debe admitirse la prueba. Jiménez Sánchez considera que estamos en un supuesto de error invencible y ni siquiera en este caso, deben admitirse las pruebas.

Esta tesis no es compartida por todos los autores. Así ALCAIDE GONZÁLEZ⁵⁸ distingue los supuestos de error vencible de los supuestos de error invencible. Este autor considera que en los casos de error vencible no existiría buena fe, y no debería ser apreciada esta excepción. Pero deja abierta la puerta en el caso del error invencible, donde considera que se debería tener en cuenta la cualificación jurídica del infractor para apreciarse o no la existencia de buena fe. Nosotros preferimos suscribir la postura del magistrado y rechazar la admisión de las pruebas incluso en el caso de error invencible.

También podemos afirmar que admitir este tipo de situaciones puede contribuir a fomentar la desidia del legislador, que no va a verse impelido a solventar las oscuridades, contradicciones y silencios de la ley al ser consciente de que, a pesar de todo, la prueba acabará siendo considerada válida.

VII. PROPUESTAS DE REFORMA

El Consejo de Ministros, a propuesta del anterior ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, aprobó el 4 de abril de 2014, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. En él se mantenía el mismo texto del art. 11.1 pero pasaba a encontrarse en el art. 25.3. En el actual Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, no se modifica el contenido del art. 11.

Por otro lado, sí que son más significativas las modificaciones legislativas relativas a la prueba ilícita y las excepciones que se vienen a incorporar en el art. 13 del borrador del Código Procesal Penal.

En primer lugar en el art. 13.2.b se prevé que como excepción a la exclusión de la prueba prohibida, podrán ser utilizadas y valoradas las pruebas que, sin estar conectadas con un acto de tortura, sean consecuencia indirecta de la vulneración de un derecho fundamental si, con independencia de la existencia del nexo causal entre la infracción del

⁵⁸ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU ...*, UAB, cit., p. 384.

derecho fundamental y la fuente de prueba, en atención a las concretas circunstancias del caso, se llega a la certeza de que, conforme al curso ordinario de la investigación, la fuente de prueba hubiera sido descubierta en todo caso. Parece que el legislador ha querido acoger la excepción que se denomina del descubrimiento inevitable. Aunque hemos expresado ciertas reservas sobre la misma dado que el juez tiene que llevar a cabo un juicio hipotético, una previsión a futuro, entendemos que esta excepción presenta menos riesgos de admisión que la del nexo causal atenuado y la doctrina de conexión de antijuridicidad.

En segundo lugar en el art. 13.3 el legislador parece intentar poner fin a la polémica que hemos analizado previamente sobre la validez de la confesión voluntaria prestada por los propios acusados. Con base en este artículo se afirma que la declaración autoincriminatoria del encausado, prestada en el plenario en términos que permitan afirmar su voluntariedad, se entenderá desconectada causalmente de la prueba declarada nula. El problema, a nuestro modo de ver, es que el legislador hace alusión a unos «términos» pero no especifica qué términos son esos. Sería conveniente que estableciera unos criterios ya en el propio artículo. En el punto VI.5.2.A hemos analizado sentencias del TS en la que se establecían unos criterios. Nos parece que el legislador podría revisar e incorporar algunos de estos criterios que volvemos a transcribir en esta sección:

— La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.

— El imputado ha de estar debidamente asistido del letrado.

— Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa.

— Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.

— No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible que ha sido descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita.

Si se cumplen estas premisas estamos de acuerdo en que se pueda considerar admisible la confesión voluntaria.

En tercer lugar, en el art. 13.2.a, se admitirán las pruebas si son favorables al encausado.

Se empieza a considerar entonces el punto de vista de a quién beneficia la ilicitud cometida. La profesora ARMENTA DEU⁵⁹ reconoce que la doctrina no es unánime a este respecto y es partidaria de tener en cuenta consideraciones adicionales. Así habría que diferenciar si se consideraba que la prueba es eficaz sólo para demostrar la inocencia del acusado, o bien yendo un paso más allá utilizarla para a su vez perseguir a otro presunto culpable.

Además de tener en cuenta si se ha vulnerado un derecho fundamental del propio acusado o bien el derecho fundamental de un tercero.

Consideramos que sería muy conveniente que el legislador entrara a valorar estas cuestiones y no dejara estas consideraciones en manos de los jueces.

Finalmente, en el art. 13.2.c se reconoce que podrán ser utilizadas y valoradas aquellas pruebas que sean consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental exclusivamente atribuible a un particular que haya actuado sin ánimo de obtener pruebas.

Un ejemplo de una situación de este tipo podría ser un ladrón que entra a robar a una vivienda y se encuentra dentro de ella una persona secuestrada y de forma anónima da aviso a la policía. En este caso la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio procede de un particular. Parece que el legislador español viene a recoger la jurisprudencia norteamericana donde resulta clave la condición o no de funcionario público del violador del derecho fundamental. El Tribunal Federal norteamericano fue construyendo una regla de exclusión cuyo fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo investigaciones ilícitas (*deterrent effect*). Tribunal que descartó la aplicación de la

⁵⁹ ARMENTA DEU, T., «Prueba ilícita y reforma del Proceso Penal» en *Revista Poder Judicial*, nº especial XIX, 2006, p. 183. En este artículo la profesora afirma: «Desde el punto de vista de a quien beneficie la ilicitud cometida, se plantea si la prohibición de admisión o valoración de la prueba ilícita debería tener, como única excepción, aquellos casos en que los resultados benefician al imputado o acusado o incluso a aquél que nada ha tenido que ver con la ilicitud. A tenor de esta última distinción, la prueba de descargo debería quedar fuera de la aplicación indiscriminada del art. 11.1 LOPJ, de forma que cuando la prueba ilícita demostrara la inocencia se aceptaría aún a pesar de su carácter ilícito. Con todo, ni la doctrina es unánime al respecto, ni la cuestión puede resolverse sin mayores matices».

regla de exclusión cuando las pruebas fueron obtenidas por particulares, así por ejemplo en el caso *Burdeau vs Mcdowell*, 256 U.S. 465, (1921)⁶⁰.

De cualquier forma el art. 13 comentado pertenece a un borrador, habrá que esperar a la versión definitiva del texto cuando se apruebe el mismo.

VIII. CONCLUSIONES

El tema sobre el que ha versado este trabajo no se circunscribe, en absoluto al mundo académico. No es raro encontrar titulares de carácter alarmista en los medios de comunicación que se hacen eco de sentencias en las que los acusados resultaron absueltos, ya que las pruebas que sustentaban la acusación se basaban a su vez en pruebas ilícitas. Así, por ejemplo, el 31 de julio de 2014, pudimos leer en un titular del periódico El País «Los jueces absuelven al grupo neonazi que almacenó armas y un lanzagranadas. La sección cuarta de la Audiencia de Valencia basa la decisión en la anulación de las escuchas». Incluso, yendo un paso más allá, el diario de Levante al relatar esta misma noticia, explica que la misma supone una aplicación de la «doctrina del árbol envenenado, se invalidaron las diligencias practicadas como consecuencia de las intervenciones ilícitas». Así pues la prueba ilícita, la regla de exclusión, la eficacia refleja, etc son cuestiones que aparecen con cierta frecuencia en los medios de comunicación y que suscitan un gran debate entre la población ajena al mundo del Derecho.

La profesora ARMENTA DEU⁶¹ en una conferencia en la Universidad Católica de Valparaíso ha utilizado la imagen de una balanza para explicar la posición de la prueba ilícita. En un platillo de la balanza está lograr la eficacia en la persecución penal y en el otro lado del platillo, unos límites básicos que no se pueden traspasar, esto es, los derechos fundamentales del individuo. O, como explica GASCON ABELLAN⁶², en un lado se sitúa la sociedad, con sus demandas de justicia y seguridad que, sobre todo, en un proceso penal, no entiende cómo personas aparentemente culpables pueden resultar absueltas con

⁶⁰ Extracto de la sentencia: «The papers having come into the possession of the government without a violation of petitioner's rights by governmental authority, we see no reason why the fact that individuals, unconnected with the government, may have wrongfully taken them, should prevent them from being held for use in prosecuting an offense where the documents are of an incriminatory character».

⁶¹ Catedrática española expuso sobre proceso penal para profesores y ayudantes de Derecho, <http://prensa.ucv.cl/?p=27950>, 22 de noviembre de 2013, fecha consulta 20 de agosto de 2014.

⁶² GASCON ABELLAN, M. «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita», en *Jueces para la democracia*, nº 52, 2005, p. 74 y ss.

base en detalles técnicos que se escapan a su comprensión y en el otro lado, individuos cuyos derechos fundamentales han de respetarse.

En nuestro trabajo hemos concluido que en España, tras la *STC 114/1984*, el art. 11. 1 de la LOPJ supuso el reconocimiento legal de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Respecto a la interpretación del citado artículo nos hemos inclinado por las posturas mayoritarias: en primer lugar, esta norma restringe los supuestos de prueba ilícita a la violación de derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo 2º, del Título I de la Constitución española (arts. 14 a 29) y en segundo lugar, la exclusión de la prueba ilícita se extiende a las pruebas indirectas, así pues, se acogió en España la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado. Esta eficacia refleja de la prueba ilícita ha sido reconocida expresamente por las jurisprudencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional como hemos previamente analizado.

A continuación hemos constatado que el contenido en el art. 11.1 de la LOPJ se aplicó de manera rígida en un primer momento, pero la jurisprudencia española enseguida se dio cuenta de que la aplicación indiscriminada de la eficacia refleja de la prueba ilícita podría suponer un riesgo para el *ius puniendi* del Estado y dejar sin castigo delitos graves y de impacto social (algunos autores ponen como ejemplo delitos relativos al tráfico de drogas y delitos de terrorismo) y cómo han ido surgiendo excepciones a la regla de exclusión, algunas de ellas en línea con la jurisprudencia norteamericana. En nuestro trabajo hemos analizado hasta 6 excepciones, casi todas ellas afectan a la prueba derivada, así la fuente independiente, el nexo causal atenuado, el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable y la doctrina de la conexión de antijuridicidad, excepto la excepción de la buena fe que afecta a la prueba directa.

La proliferación de excepciones ha suscitado frecuentes críticas entre los distintos autores consultados. La doctrina se muestra especialmente crítica con la doctrina de conexión de la antijuridicidad. ARMENTA DEU⁶³ ha intentado resumir los efectos negativos de esta doctrina: así entre otros, destaca la insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales, la indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio TC sobre los derechos fundamentales (el juicio de experiencia corresponde a los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional sólo puede discutir

⁶³ ARMENTA DEU, T., «Prueba ilícita y reforma del Proceso Penal» en *Revista Poder Judicial*, nº especial XIX, 2006, p. 196.

sobre la razonabilidad del mismo), la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional. Críticas a las que se han sumado los propios jueces, así hemos recogido, por ejemplo, un voto particular de un juez que considera a esta doctrina como una interpretación forzada, que vacía de contenido efectivo el propio art. 11.1. LOPJ y que puede enviar un mensaje erróneo a policías y jueces, otorgando un marchamo de regularidad constitucional y legal a sus actuaciones de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen.

Incluso en EE.UU, cuya jurisprudencia ha inspirado algunas de las excepciones que hemos analizado, vemos cómo algunos autores han empezado a hablar del ocaso de la *exclusionary rule*, fenómeno que relacionan con los atentados del 11-S. Así la profesora ARMENTA DEU señala: «*Junto con las Torres Gemelas cayó la prueba ilícita*».

Tanto esta profesora como GÓMEZ-JARA DÍEZ⁶⁴ coinciden en la importancia de la sentencia *Hudson vs Michigan*, 547 U.S. 586, 2006. En este caso el señor Hudson fue condenado por posesión ilegal de estupefacientes pero alegó ante la Corte Suprema que la entrada a su domicilio se había producido vulnerando sus derechos constitucionales. La policía tenía una orden de registro y entrada a su domicilio para buscar droga y armas de fuego. Los agentes llamaron a la puerta pero sólo esperaron unos pocos segundos antes de entrar, no respetaron la regla *knock-and-announce*, de ahí que el señor Hudson presentó solicitud de exclusión de las drogas encontradas en el registro, llegando hasta el Tribunal Supremos norteamericano que confirmó la condena y la validez de las pruebas. Así el Tribunal Federal norteamericano señaló en esta sentencia que: «...la exclusión de la pruebas es nuestro último recurso, no nuestro primer impulso. La regla de exclusión genera considerables costes sociales, que incluyen a veces dejar libres a los culpables y a los peligrosos. Por consiguiente, nos hemos mostrado recelosos a su expansión».

En España la aplicación de las distintas excepciones comentadas y entre ellas, la doctrina de la conexión de antijuridicidad, ha alarmado a algunos autores que consideran que se está también avanzando hacia la extinción de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

⁶⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso Hudson vs Michigan y el ocaso de la *Exclusionary Rule* en EE.UU», en *Derecho y Proceso Penal*, nº 20, 2008, p. 23 y ss.

A nuestro modo de ver de cara al futuro se pueden adoptar dos posibles caminos.

En primer lugar, el postulado por RIVES SEVA⁶⁵, modificar el art. 11.1 LOPJ y suprimir la expresión relativa al efecto indirecto de la prueba ilícita. Se trataría de eliminar la norma general y que cada caso se decida particularmente.

Este autor sostiene que esta es la solución acogida en el Derecho Comparado, donde la regla de exclusión es una creación jurisprudencial con importantes excepciones. En cambio en España lo hemos incorporado a un artículo al que hemos ido a su vez vaciando de contenido, de ahí la contradicción.

En segundo lugar, otra postura es, reconociendo que no se puede aplicar de manera rígida y estricta la norma del art. 11.1 LOPJ, modificar la legislación para establecer un catálogo cerrado de excepciones, de forma que se pueda equilibrar los dos platillos de la balanza de los que hablamos anteriormente: el respeto a los derechos fundamentales de los individuos y el interés público del proceso penal, que puede conllevar excepciones a la intangibilidad de los derechos fundamentales. No se trata pues únicamente de modificar o no el texto del art. 11.1 sino ir más allá, avanzar en el tratamiento procesal de la prueba ilícita en la LECr y mejorar la regulación de las diligencias de investigación. Tal y como sostiene ASENCIO MELLADO la falta y/o parquedad de disposiciones legales en la LECr ha sido suplida por creaciones jurisprudenciales lo que introduce una inseguridad jurídica en las actuaciones policiales. En las sentencias analizadas hemos visto que

⁶⁵ RIVES SEVA, A.P., Reflexiones sobre ..., cit., p. 12 y ss.

En su artículo va analizando la situación en otros países: «...así, en Italia el artículo 191.1 del Código de Procedimiento Penal de 1988 dispone que “las pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas por las leyes no pueden ser utilizadas”, sin referirse al efecto reflejo.

En el Derecho francés, a tenor del artículo 172.2 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal decide si la anulación de actos lesivos de determinados principios fundamentales o del derecho de defensa, se limita al acto viciado, o se extiende a todo o parte del procedimiento ulterior; entendiendo la doctrina que la exclusión no afecta a las pruebas descubiertas merced a la fuente espuria.

En Canadá, el artículo 24.2 de su Constitución de 1982 dice: “Cuando un Tribunal llegue a la conclusión de que una prueba fue obtenida de manera que infrinja o niegue derechos o libertades garantizados por esta Carta, la prueba será excluida si se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento produciría un desprestigio a la Administración de Justicia”.

Finalmente en el Reino Unido la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 establece que “el Tribunal podrá rechazar una prueba de cargo cuando teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquellas en que fue obtenida, su admisión produciría un efecto tan negativo sobre la limpieza del procedimiento, que el Tribunal no debería admitirla”. Y en este país la Corte de Apelación ha tenido especial cuidado en no proporcionar guía alguna sobre cómo ejercitar el poder de inadmisión conferido a los Tribunales».

muchas de las violaciones de derechos fundamentales tienen su origen en intervenciones telefónicas o registros ilícitos. Este parece ser el camino escogido por el legislador si atendemos a las modificaciones que se han incorporado, a fecha de hoy, tanto en el Proyecto de Ley orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (marzo de 2015) para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica como en el Borrador del Código Procesal Penal. De esta manera se han ido incorporando las distintas construcciones jurisprudenciales y completando la legislación de forma que se puede contribuir a ir cerrando el camino a excepciones, como la que hemos visto de la buena fe en la actuación policial⁶⁶. Especialmente se ha completado la regulación de las diligencias de investigación relativas a la intervención de las comunicaciones y a las diligencias de entrada y registro que hemos venido observando que son en la práctica las que más problemas dan. Se espera que la nueva regulación minimice los errores policiales y judiciales que posteriormente se traducen en violación de los derechos fundamentales del art. 18 CE.

Asimismo hemos visto en el punto relativo a las modificaciones legislativas como en el art. 13 del Borrador del Código Procesal Penal en el que se regula la prueba ilícita, se han introducido distintas excepciones. En el punto VIII hemos comentado la inclusión de las excepciones relativas a pruebas favorables al encausado y aquellas obtenidas por particulares sin ánimo de obtener pruebas aunque violasen derechos fundamentales. Con los matices señalados en el punto anterior estamos a favor de la inclusión de ambas excepciones.

Además el legislador ha incluido en el citado art. 13 dos excepciones relativas al descubrimiento inevitable y a la confesión voluntaria. Estamos de acuerdo en la inclusión

⁶⁶ Cuando hemos analizado la excepción de la buena fe en la actuación policial, hemos comentado la STC 22/2003 en ella el recurrente planteaba que el registro había sido ilícito porque la que autorizó la entrada al domicilio fue la mujer del condenado, no el propio condenado. En esta sentencia el TC hizo una interpretación de la ley concluyendo que en estos casos, en el FJ 8º : «...Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido». No obstante el propio TC reconocía que esto no estaba claro en la ley. Con la reforma del Código Procesal Penal se ha incorporado en el art. 337. 2. II párrafo que regula el consentimiento del morador el supuesto de hecho del caso que nos ocupa: consentimiento prestado por un morador cuando consta que existe un conflicto de intereses con el otro morador del domicilio. En estos casos el consentimiento no será considerado válido. Si este artículo hubiese estado vigente cuando sucedieron los hechos del caso, ya no podríamos decir que los policías habían actuado de buena fe al entrar en el domicilio con el consentimiento de la mujer porque la ley ya deja claro que el consentimiento no es válido.

de ambas, pero especialmente en relación con la segunda, tal y como hemos comentado en el punto VI.5.2.A y en el punto VIII, es conveniente que el legislador aclare los términos en que debe ser hecha la confesión para que sea considerada verdaderamente como voluntaria.

¿Qué ocurre entonces con el resto de las excepciones que hemos ido analizando en nuestro trabajo y sobre las que el legislador no se pronuncia? Consideramos que sería necesario que el legislador aclarase si la lista del art. 13 es una lista cerrada o no.

Por nuestra parte no somos partidarios de que se introduzcan en el artículo las otras excepciones que hemos analizado, cuyas críticas hemos ido recogiendo en los puntos respectivos.

Tenemos grandes esperanzas en que la nueva regulación de las diligencias de investigación ponga fin a muchos supuestos controvertidos que forzaban a los jueces a recurrir a las distintas excepciones para no dejar escapar a los presuntos culpables. A nuestro modo de ver la lista de excepciones debería ser cerrada para no dejar sin contenido la regla de exclusión de la prueba ilícita recogida en el art. 11.1 (en el futuro art. 25.3 de la LOPJ) y nos parece prudente que sólo se haya admitido el descubrimiento inevitable y se aclare la regulación de la confesión voluntaria.

La profesora ARMENTA DEU afirma que: «... si yo tengo que elegir perseguir a una persona que sé es culpable, o dejarla escapar porque los medios e instrumentos para probar esa culpabilidad no son los adecuados, entiendo que es mejor esta segunda opción, aunque desde el punto de vista de la eficacia pierda ese sentido». Punto de vista al que nos unimos.

Siguiendo con el símil de la balanza del que hemos venido hablando, si en un platillo está el interés público en reprimir la criminalidad y en el otro platillo, los derechos de los individuos, preferimos dar primacía a la defensa de los derechos. Postura esta que es siempre difícil de justificar ante la opinión pública.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La exclusionary rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España. Perfiles Jurisprudenciales comparativos*, UAB, Barcelona, 2012.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPLER, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº2, 2011, (<http://www.riedpa.com>).

ARZAMENA, C., *La prueba ilícita en el ámbito del proceso penal*, (tesis inédita dirigida por GIMENO SENDRA), UNED, Madrid, 2001.

ARMENTA DEU, T., «Prueba ilícita y reforma del Proceso Penal» en *Revista del Poder Judicial*, nº especial XIX, 2006, p.183 y ss.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, J.M., «La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Nº 8009, Sección Doctrina, 25 Ene. 2013, Editorial LA LEY.

ASENCIO MELLADO, J.M., « Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)», *Diario La Ley*, Nº 8026, Sección Doctrina, 19 Feb. 2013, Editorial LA LEY.

ASENCIO MELLADO, J.M., « Prueba ilícita: declaración y efectos», *Revista General de Derecho Procesal*, 26, 2012, p. 34 y ss.

BARONA VILAR, S., «La prueba, 1», en *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, MONTERO AROCA (dir.), 21ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CALDERON CEREZO, A, CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002.

COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Derecho Procesal Español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006.

DELGADO DEL RINCÓN, L., «La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia», colaboración en *Constitución y Democracia*, Universitas, 2012, p. 17 y ss.

DIAZ CABIALE, J.A. Y MARTIN MORALES, R., «La teoría de conexión de la antijuridicidad», en *Jueces para la democracia*, nº 43, 2002, p. 43 y ss.

DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

ECHARRI CASI, F.J., «Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales», en *Revista Poder Judicial*, nº 69, 2003, p. 273 y ss.

GASCÓN ABELLAN, M. « *¿Freedom of proof?* El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita», en *Jueces para la democracia*, nº 52, 2005, p. 74 y ss.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Madrid, 2012.

GIMENO SENDRA, V., «Corrupción y propuestas de reforma», *Diario La Ley*, Nº 7990, Sección Doctrina, 26 Dic. 2012, Editorial LA LEY.

GIMENO SENDRA, V., «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. ASECIO)», *Diario La Ley*, Nº 8021, Sección Tribuna, 12 Feb. 2013, Editorial LA LEY.

GÓMEZ-DÍEZ, C., «Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: El caso Hudson vs. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU», en *Derecho y Proceso Penal*, nº2, 2008, p. 23 y ss.

GONZALEZ MONTES, J.L., «La prueba ilícita», en *Persona y Derecho*, 54, 2006, p. 370 y ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.

LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional» en *Derecho y Proceso Penal*, nº1, 1999, p. 123 y ss.

MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», en *Revista Catalana de Seguritat Pública*, Mayo 2010, p. 131 y ss.

PASTOR BORGOÑON, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Revista de Derecho Procesal*, nº2, 1986, p. 361 y ss.

PICO I JUNOY, J. «El artículo 11.1 LOPJ» en *Revista La Ley*, n. 4213, 1997, p. 8 y ss.

PLANCHAT TERUEL, J.M., capítulo «Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento», en *Estudios sobre Prueba Penal*, (dir. LLUCH, X.A y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen I, La Ley, 2010.

RIVES SEVA, A.P., Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita, en *www.noticias.jurídicas.com*, Diciembre 2010.

RIFA SOLER, J.M, RICHARD GONZÁLEZ M., RIAÑO BRUN, I. «Derecho Procesal Penal», *Instituto Navarro de Administración Pública*, Pamplona, 2006.

SÁNCHEZ POS, V., «La prueba en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013», *Diario La Ley*, Nº 8197, Sección Tribuna, 22 Nov. 2013, Ref. D-404, Editorial LA LEY.