

La teoría de la conexión de antijuricidad*

José Antonio DIAZ CABIALE y Ricardo MARTINEZ MORALES

1. INTRODUCCION: PRECISIONES ACERCA DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA INADMISION DE LA PRUEBA ILICITA

Con la STC 81/98 se ha alterado radicalmente el panorama de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. A partir de ese momento surgen excepciones a su aplicación; ciertas pruebas ilícitas pueden ser admitidas. ¿Cómo se ha producido esa trascendental mutación? Evidentemente, a través de la alteración que el TC ha provocado en la naturaleza de la garantía para dar cabida a esas excepciones. Estamos, pues, ante una coyuntura histórica idónea para llevar a cabo una profunda reflexión sobre la garantía constitucional, en un intento de dar respuesta a muchos de los interrogantes que la han acompañado en su devenir dogmático.

Existe prueba ilícita cuando la lesión de un derecho fundamental ha provocado la obtención de la fuente o medio de prueba. Por consiguiente, no siempre que existe menoscabo de un derecho fundamental y actividad probatoria estamos ante un supuesto de ilicitud probatoria. Por ejemplo, cuando se utiliza como medio de prueba un material no sometido a la oportuna contradicción no cabe hablar de ilicitud probatoria aunque se haya lesionado el derecho fundamental de defensa. No se puede hablar propiamente de un nexo de causalidad entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba. Se trata de una distinción elemental para diferenciar entre las diversas consecuencias que se producen entre el juego del artículo 11.1 LOPJ y el del artículo 238 LOPJ, artículo 225 LEC (una vez que éste entre en vigor).

Normalmente la ilicitud probatoria acontece en el procedimiento preliminar o fase de investigación, pero nada impide que también exista en la fase de juicio oral, por ejemplo, cuando no se advierte al testigo que puede quedar exento del deber de declarar por razones de parentesco, artículos 24.2 CE, 416 y 707 LECR

Los derechos fundamentales que habitualmente conllevan el juego de la ilicitud probatoria son los contenidos en los artículos 15, 17 y 18 de la CE. En mucha menor medida, los derechos fundamentales pro-

cesales del artículo 24 provocan la entrada en escena de la garantía.

La garantía tiene, *a priori*, tres posibles dimensiones garantistas, con lo que nos podemos hacer una idea de la dificultad de fijar el espectro realmente cubierto por la misma. Ninguna duda cabe de que se extiende a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho fundamental, y si lo que se lesiona es un precepto correspondiente al plano de legalidad ordinaria, también parece claro que la garantía debe quedar al margen. Entre ambas, aunque no a mitad de camino, se encuentran las pruebas obtenidas vulnerando normas constitucionales cuyo quebranto no supone específicamente lesión de derecho fundamental. En relación a estas últimas, la ampliación del estándar de la fundamentalidad viene impuesta, aunque caben interpretaciones alternativas, por imperativos constitucionales. Es incluso posible que el legislador del artículo 11.1 LOPJ, en su única intención de excluir las infracciones de mera legalidad, equivocara el parámetro.

Si hay unos ámbitos cubiertos por la garantía y otros que no, y si la garantía se proyecta sobre la vulneración de alcance constitucional, pero no sobre las infracciones de mera legalidad, quedamos a merced de una pregunta que siempre ha sido incómoda para el jurista: ¿dónde está la línea que separa la legalidad ordinaria del plano de constitucionalidad? Piénsese en las pruebas obtenidas en un registro domiciliario donde no estaba presente el Secretario Judicial. Al no resultar afectado ni el artículo 18.2 CE, ni el artículo 24 CE, no se activará la garantía del artículo 11.1 LOPJ.

Una correcta articulación de los *test* de correspondencia y de intensidad constitucional pasa a ser imprescindible para la identificación de los ilícitos penales que no conllevan lesión de derecho fundamental, de las contravenciones procesales no constitutivas de ilícito constitucional, etc. Es el criterio de la intensidad constitucional, en el que ahora no podemos detenernos, el que nos explica los numerosísimos casos en que el tránsito de la legalidad a la constitucionalidad, o simplemente la aparición del ilícito constitucional, se produce a raíz de un pequeño salto cualitativo, casi insignificante; y es la correcta articulación del binomio correspondencia/intensidad constitucional la que a la postre nos termina explicando por qué las resoluciones interlocutorias no provocan directamente el amparo.

* Para un estudio a fondo de la teoría de la conexión de antijuricidad y, en general, de toda la problemática procesal y constitucional sobre la prueba ilícitamente obtenida, consúltese *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, de los mismos autores.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTIA

Cuando la STC 81/98 altera la naturaleza de la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita también pretende modificar su tradicional anclaje constitucional. Hasta ese momento siempre se había entendido que la garantía estaba ubicada dentro del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Solo en el caso de que se tratara de una parte acusadora, distinta al Ministerio Fiscal, o bien estuviéramos en un orden jurisdiccional que no fuera el penal cabría encontrar el asidero de la garantía en el derecho fundamental al proceso con todas las garantías.

Sin embargo, la resolución mencionada, en un prolijo razonamiento, rompe ese panorama. De forma poco meditada se razona que el derecho fundamental en juego siempre es el derecho a un proceso con todas las garantías. Y la excusa es la siguiente: cuando se valora una prueba ilícita, por ese solo hecho, ya se lesiona el mencionado derecho fundamental procesal. Si además dicha prueba resulta trascendental en la condena, entonces también entrará en juego el derecho a la presunción de inocencia.

La cuestión, así planteada, se reduce a lo siguiente: ¿es cierto, como afirma el TC, que la mera valoración de la prueba ilícita conlleva la lesión del derecho fundamental al proceso con todas las garantías? De ser así, entre otras cosas, se abrirían nuevas puertas al amparo.

Pues bien, el planteamiento del TC, aunque tenga visos de ser especialmente garantista por reconocer la existencia de un derecho fundamental lesionado allí donde antes no lo había, no puede ser compartido.

De ser cierto lo que postula el TC, se produce un vuelco en la tradicional relación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en todo lo atinente al control de los derechos fundamentales procesales. Así, cuando el TC afirma que por el mero hecho de utilizar una prueba ilícita ya se lesiona un derecho fundamental procesal, el proceso con todas las garantías, olvida la exigencia mínima que él mismo ha construido para admitir la existencia de un derecho fundamental procesal menoscabado: la indefensión. Esto es, la trascendencia de la conducta procesal concreta en el resultado del proceso. Por eso, el mero hecho de valorar una prueba ilícita no supone lesión de derecho fundamental procesal alguno, sino que éste se vulnera cuando dicha prueba tiene trascendencia en el resultado del proceso. Algo que tradicionalmente ya está contemplado en la presunción de inocencia. Por eso, el TC provoca una artificiosa duplicidad de derechos fundamentales procesales en juego, cuyo error se pone de manifiesto si reparamos en lo siguiente:

— Si fuera cierto que el mero hecho de valorar una prueba ilícita ya lesiona un derecho fundamental procesal: ¿que sucedería en aquellos casos en los que además de esa prueba existen otros medios distintos y autónomos que justifican la condena?, ¿y si a pesar de la valoración de la prueba se acaba proclamando la inocencia del acusado?... En definitiva, nos topáramos con supuestos en los que, aunque se reconociera, según la nueva jurisprudencia del TC, la exis-

tencia de un derecho fundamental lesionado, nunca tendrían acceso a amparo o bien no podrían sufrir reparación.

— Además, si se prescinde de la exigencia de la trascendencia de la conducta procesal en el resultado del proceso, ¿por qué hay que esperar a la valoración de la prueba para reconocer la existencia del derecho fundamental lesionado?, ¿acaso no estará ya menoscabado por el mero hecho de admitir la prueba? Y siguiendo el elemental razonamiento, ¿por qué no se puede recurrir, una vez agotada la vía ordinaria frente a la resolución interlocutoria que admite la prueba, en amparo en ese mismo instante? En resumen, al prescindirse de la exigencia de la indefensión se plantea con toda virulencia el problema del acceso a amparo de las resoluciones interlocutorias. Algo que, como se ha indicado, ya había solventado el TC definitivamente con la exigencia de indefensión. Así pues, con la nueva línea jurisprudencial, iniciada en la STC 81/98, el TC volvía, inopinadamente, a abrir la caja de los truenos.

Ciertamente, el TC se equivoca de plano con el planteamiento de la STC 81/98. De ser cierta la tesis que propugna, acabaría con la tradicional interacción, subsidiaria, entre la jurisdicción ordinaria y el propio TC cuando se trata de tutelar los derechos fundamentales procesales. Por eso, y simplificando mucho, la relación entre las conductas procesales y los respectivos derechos fundamentales debe entenderse de la siguiente manera: a lo largo del proceso están indudablemente en juego los correspondientes derechos fundamentales procesales, de manera que las conductas procesales pueden afectarlos, por ejemplo si se priva a una parte de la posibilidad de alegar en un trámite procesal concreto. Ahora bien, esa afectación no implica admitir que el derecho fundamental procesal se encuentre lesionado en ese mismo momento, pues ello conllevaría abrir el amparo inmediatamente una vez agotados los oportunos recursos frente a la resolución interlocutoria. En ese instante, y tomando prestada la terminología del derecho privado, sólo se ha producido la perfección de la lesión del derecho fundamental procesal. Habrá que esperar a la resolución definitiva y comprobar si esa actuación específica ha tenido trascendencia en el resultado del proceso. En caso afirmativo sí podría decirse que se ha producido la consumación de la lesión del derecho fundamental procesal.

Como se comprenderá, y muy resumidamente, esta interpretación de lo que sucede en el juego de los derechos fundamentales procesales es la única forma de salvaguardar la legalidad, a la par que se evita una imposible elevación al plano de constitucionalidad de todos y cada uno de los preceptos contenidos en las leyes procesales. Claro que su corolario es elemental: hay que reinterpretar la exigencia de indefensión que se articula en la LOPJ, artículo 238.3, y en la nueva LEC, artículo 225.3, una vez que entre en vigor este precepto. Así, a lo largo del transcurso del proceso y cuando nos enfrentamos a las resoluciones interlocutorias es imposible utilizar el requisito de la indefensión para dilucidar sobre la nulidad de un acto procesal. La exigencia de indefensión contenida

en esos preceptos sólo tiene sentido cuando ha recaído una resolución definitiva. Cualquier otra exégesis de esos preceptos obligaría a la esquizofrénica articulación de la indefensión en dos dimensiones diferentes: en el plano de legalidad y en el de constitucionalidad.

Sea como fuere, la propia práctica se ha encargado de desmentir la artificiosa construcción teórica del TC. Así, pasada la inicial reconducción de los supuestos de ilicitud probatoria hacia el derecho al proceso con todas las garantías, las aguas han ido volviendo paulatinamente a su cauce: la presunción de inocencia. Fundamentalmente por un motivo práctico: se evita así el TC el curioso trance de tener que admitir en ciertos supuestos que se ha menoscabado un derecho fundamental procesal, por valorar una prueba ilícita, sin que ello conlleve consecuencia alguna, porque existe actividad probatoria independiente.

Además, las perniciosas consecuencias de esta construcción teórica, que podrían hacer saltar por los aires el binomio jurisdicción ordinaria-jurisdicción constitucional en el amparo de los derechos fundamentales procesales, también se trasladan a la propia jurisdicción del TC cuando se aplica la otra novedosa teoría de la conexión de antijuricidad: así va a resultar que se puede admitir la lesión del derecho al proceso con todas las garantías y el TC queda incapacitado, a resultas de la conexión de antijuricidad, como se verá, para dilucidar si el material probatorio restante está desconectado de la prueba ilícita. En otras palabras, no va a saber si ha existido lesión de la presunción de inocencia hasta que los tribunales ordinarios se vuelvan a pronunciar sobre la cuestión. Parece, pues, incomprensible que el propio TC se haya encargado de sentar las bases para menoscabar el alcance de su jurisdicción.

3. LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO. LA CONEXIÓN DE ANTIJURICIDAD

Sin embargo, y como se advirtió, la principal novedad acontecida desde 1998 es la posibilidad de admitir ciertas excepciones a la exclusión de la prueba ilícita. Ello se hace gracias a la teoría que articula el TC en la STC 81/98 y que bautiza con el nombre de *la conexión de antijuricidad*.

Esas excepciones acontecen en el ámbito de las conocidas como pruebas ilícitas indirectas, el denominado efecto reflejo de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita. Por eso, la teoría de la conexión de antijuricidad se aborda en este apartado.

3.1. La garantía y el efecto reflejo

Aunque en la STC 114/84 ya se reconoció la existencia de la garantía, no se mencionó para nada el efecto reflejo. No obstante, la inmediata plasmación en el nivel de legalidad de la garantía, en el artículo 11.1 LOPJ, no deja lugar a dudas: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, vio-

lentando los derechos o libertades fundamentales”.

Así pues, desde 1985 (aunque nunca ha faltado algún intento doctrinal, minoritario, de reinterpretar el precepto y, por ende, la garantía) la jurisprudencia del TS y del TC, así como la mayoría de la doctrina, concluyeron que la garantía que nos ocupa no sólo alcanza a la exclusión de las pruebas que derivan directamente de la lesión de un derecho fundamental, sino que también forma parte intrínseca de su contenido la inadmisión de aquellas que derivan indirectamente de la originaria lesión. En definitiva, no sólo se excluye, por ejemplo, la cinta magnetofónica que contiene la interceptación de la conversación cuando no existía autorización judicial, artículo 18.3 CE, sino también la declaración del testigo cuya existencia se conoce a través de la misma.

Este efecto reflejo no es sino lo que la jurisprudencia norteamericana había llamado “The fruit of the poisonous tree doctrine”. Y ello bajo la premisa de que no cabía burlar la eficacia de la garantía por caminos indirectos.

Desde 1984 a 1998 la exclusión de las pruebas ilícitas es absoluta en nuestro país, en adecuada consonancia con la naturaleza de la garantía que se había reconocido.

Sin embargo, en 1998 el TC decide que resulta excesivo excluir todas las pruebas ilícitas. Opta, en definitiva, por recortar el alcance de la garantía. Un recorte que sólo se podía llevar a cabo alterando la naturaleza de la misma debido a la formulación taxativa, absoluta y cerrada que de su contenido se había hecho hasta ese momento. En otras palabras, y aunque no se reconozca expresamente en la jurisprudencia —sí se empieza a aludir a ello en la doctrina—, se *constata* la existencia de una presión social que *exigiría* reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones. ¿Y qué excepciones o qué aspectos de la garantía debían someterse a una cruenta operación de cirugía? Indudablemente, aquel flanco de la garantía más débil: el efecto reflejo o las pruebas ilícitas indirectas, porque, a todas luces, al TC le parecía excesivo acordar, de repente, la admisión de pruebas ilícitas directas.

El TC contaba, para llevar a cabo sus propósitos, con el ejemplo que le brindaba la propia jurisprudencia norteamericana. Ciertamente, los propios autores de la doctrina de la teoría del fruto del árbol envenenado habían admitido, con el paso de los años, la formulación de ciertas excepciones. Con semejante precedente, ¿no parece lógico inferir que en nuestro país estábamos incurriendo en un caso de ortodoxia ultramontana preconizando una garantía de exclusión absoluta?; ¿por qué no importar alguna de esas excepciones? Pero, claro está, descartada por razones elementales la posibilidad de asumir tal cual la jurisprudencia norteamericana, a nuestro TC le quedaba la muy difícil papeleta de llevar a cabo una construcción teórica que alterase, sin destruirla del todo, la naturaleza de la garantía para que consintiese la aceptación de ciertas excepciones. Ello explica los complejíssimos juegos de artificio que se ve obligado a hacer en la STC 81/98 para construir la conexión de antijuricidad.

Ahora bien, antes de profundizar en la teoría de la

conexión de antijuricidad, hay que precisar más: ¿de qué excepciones estamos hablando?, ¿qué hipótesis tenía en la mente el TC a la hora de formular la conexión de antijuricidad? La respuesta a estos interrogantes no puede buscarse sino en el derecho norteamericano. Abordar la cuestión con esta nueva perspectiva resulta trascendental para poder valorar la teoría de la conexión de antijuricidad. Fundamentalmente por dos motivos: primero, porque comprobaremos que, dada la naturaleza de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en el derecho norteamericano y sus consiguientes excepciones, resulta imposible su importación al nuestro, lo que aboca al TC a un fracaso anticipado. Ni siquiera camuflando la importación bajo la conexión de antijuricidad se salvan esos escollos. En segundo lugar, porque constataremos que el TC se ve impelido a copiar la jurisprudencia norteamericana y rechazar la verdadera naturaleza de la garantía: como parte del contenido inextricable de un derecho fundamental procesal. Y es que, como veremos, a la postre, si hubiera que resumir la teoría de la conexión de antijuricidad en un par de líneas sería de la siguiente manera: se trata del imposible empeño de extirpar la garantía del artículo 24.2 CE para reubicarla dentro del contenido de cada uno de los derechos fundamentales sustantivos, artículos 15, 17, 18 CE... Y todo para intentar buscarle excepciones que no encajan de ninguna manera atendiendo a la verdadera naturaleza de la garantía. Una naturaleza, en definitiva, que ni siquiera el TC puede alterar y que siempre hay que buscarla en el artículo 24.2 CE.

3.2. Las excepciones a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita

La realidad jurídica a la que nuestro TC vuelve la vista para importar soterradamente las excepciones parte, y no es casualidad, de la misma premisa: al igual que en nuestro país, la Corte Suprema Federal constata históricamente la presión social a favor de recortar la garantía.

El procedimiento empleado a tal efecto es bien sencillo: se parte de negar la naturaleza procesal de la garantía. No existe, en norteamérica, ningún derecho fundamental procesal que dé cobijo a la misma. Nos encontramos tan sólo frente a un instrumento: una mera regla, *exclusionary rule*, de exclusión. ¿Al servicio de qué? De presupuestos constitucionales de naturaleza sustantiva. En efecto, en cualquier manual de *Criminal Procedure* la regla no se estudia con carácter autónomo, sino al hilo de cada una de las garantías constitucionales sustantivas, fundamentalmente el *right against unreasonable searches and seizures* de la cuarta enmienda.

¿Y qué protección brinda esa regla a las garantías constitucionales? Elemental: prevenir las conductas policiales que atentan contra las mismas. Lo que se conoce como *deterrent effect*.

Con semejante premisa el siguiente paso está cantado: la aplicación de la regla carece de sentido si no brinda la cobertura para la que está diseñada. O di-

cho de forma más concisa: si no hay *deterrent effect* no hay *exclusionary rule*.

Hecho el patrón, las excepciones nacen por sí solas: en el caso de las pruebas ilícitas directas se aplica la de la buena fe y a las indirectas la del descubrimiento inevitable, la del nexo causal atenuado y la de la fuente independiente.

No está de más apuntar que en nuestro país es indiferente que la policía, al lesionar un derecho fundamental, lo haga de buena fe. Y, asimismo, también importaba poco, desde 1984 hasta la formulación de la conexión de antijuricidad en 1998, que la fuente de prueba se hubiera logrado inevitablemente o que su obtención guardase una cierta distancia con el menoscabo del derecho fundamental. En todos estos supuestos lo trascendental es constatar que se ha lesionado un derecho fundamental y que, como consecuencia, se ha obtenido un medio de prueba. Con una formulación de la garantía como la que existía hasta 1998 todo lo demás sobraba: había que excluir el medio de prueba.

En nuestro país sólo podía admitirse el medio de prueba que se obtiene de forma independiente a la lesión, la fuente independiente. Y es que la lesión del derecho fundamental no impide que se pueda obtener la fuente de prueba a través de otro acto de investigación totalmente desconectado de la misma. No estamos, pues, ante una verdadera excepción al juego de la garantía. Si, por poner un ejemplo, la policía obtiene una huella dactilar como resultado de una detención ilegal, nada impide que se pueda utilizar la existente en un archivo policial.

Ahora bien, como se ha visto, el núcleo alrededor del cual se construyen las excepciones en norteamérica es éste: no hay una garantía constitucional procesal que conlleve la exclusión de la prueba sino un mero instrumento, una regla procesal, al servicio de los derechos constitucionales sustantivos. Por eso, no puede considerarse como una mera coincidencia que, cuando se desnuda de sus artificiosas vestimentas a la conexión de antijuricidad, nos topemos con que ha desaparecido, como si de un mal sortilegio se tratara, la naturaleza procesal de la garantía. Al contrario del sistema estadounidense, lo que está en juego en nuestro sistema constitucional no es la disuasión policial (que se proyecta al futuro), ni siquiera el derecho fundamental sustantivo (lesión ya consumada y que corresponde al pasado), sino el propio modelo constitucional de proceso. En definitiva, no hacen falta especiales dotes de predicción para concluir que la misión que se propone nuestro TC con la conexión de antijuricidad esté abocada irremediablemente al fracaso.

3.3. El núcleo duro de la teoría de la conexión de antijuricidad

Ya estamos en condiciones de analizar, esquemáticamente, la esencia de la teoría de la conexión de antijuricidad. Simplificando, el razonamiento del TC es éste: si los derechos fundamentales no son absolutos, ¿por qué la exclusión de las pruebas ilícitas sí lo es? La existencia de un valor con trascendencia

constitucional como la búsqueda de la verdad debe tenerse en consideración a la hora de reformular la garantía. Puede y debe haber excepciones. ¿Cuándo? Siempre que la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba que se intenta hacer valer en el proceso sean independientes entre sí. Eso sucede en el caso de las pruebas ilícitas indirectas, no en el de las directas. Pero, además, para admitir la prueba indirecta hace falta que el derecho fundamental sustantivo que se menoscabó no padezca en demasía, no exija, por consiguiente, la exclusión de la prueba. Ello acontecerá en los casos del descubrimiento inevitable y en los del nexo causal atenuado, fundamentalmente las confesiones (perspectiva interna). Mas ni siquiera eso es bastante para admitir las excepciones señaladas de prueba indirecta. También habrá que tomar en consideración otros elementos, como la índole del derecho vulnerado, la entidad de la vulneración y la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave (perspectiva externa), SSTC 94/99, 299/00...

Desmenuzando someramente esta construcción, enseguida saltan a la vista, entre otras, las siguientes objeciones:

1. La pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional

Es, como se ha advertido, la silenciosa trasposición de la dogmática norteamericana, perceptible a lo largo del razonamiento del TC y que se convierte en la médula, nunca explícita, del mismo:

— En el inicio, cuando se refiere al carácter no absoluto de los derechos fundamentales, se está pensando, indudablemente, en los derechos fundamentales sustantivos: la inviolabilidad del domicilio... Es evidente que el TC no se refiere, en ese momento, al derecho al juez ordinario, a la presunción de inocencia, al derecho a guardar silencio...

— Cuando se proclama el criterio de la hipotética independencia que puede existir entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba es obvio que sólo se toma en cuenta el derecho fundamental sustantivo. Para nada se repara en la presencia de un derecho fundamental procesal en juego. Más aún, lo que se hace con semejante postulado es negar implícitamente la existencia de este último.

Así, se esgrime, por ejemplo, que la confesión es un acto desconectado de la entrada y registro que lesionó el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y que al tomarla en consideración no se vuelve a menoscabar ese derecho. En modo alguno interesa reparar en que existe una garantía constitucional procesal, incardinada en el derecho a la presunción de inocencia, que exige la exclusión de las pruebas ilícitas.

— Al formular los expedientes correctores del criterio de la independencia, una vez más, sólo se atiende al derecho fundamental sustantivo lesionado: las proclamadas perspectivas internas y externas huyen de cualquier consideración acerca de la propia necesidad de tutela del derecho fundamental procesal.

En definitiva, nuestro TC degrada la garantía: se le niega su naturaleza de garantía constitucional proce-

sal y se la convierte en un mero apéndice rituario al servicio de los derechos fundamentales sustantivos. Lo mismo que, como se ha visto, sucede en EE.UU. Una degradación imprescindible para poder formular algún tipo de excepción. Mas, ni siquiera de esta manera, le salen las cuentas al TC.

Digamos, finalmente, que tan consciente es el TC de la gravedad de su empeño que intenta presentar la conexión de antijuricidad como la culminación del fluir natural de su jurisprudencia. En ningún momento se atreve a presentar la peculiar construcción teórica de la STC 81/98 como lo que es: una ruptura en toda regla con sus propios postulados. Por el contrario, se nos intenta convencer de que en resoluciones anteriores ya se habían admitido excepciones a la garantía de exclusión de la prueba ilícita. Tesis que se sigue manteniendo en las resoluciones más recientes; compruébese, si no, la retahíla jurisprudencial, ya clásica, citada en el FJ 6 de la STC 149/01: "(SSTC 86/1995, FJ 4; 54/1996, FJ 6; 81/1998, FJ 4)" (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 8/2000, de 17 de enero, FJ 2)". Pues bien, incluso la lectura más apresurada de las dos resoluciones anteriores a la STC 81/98 permite constatar que en ellas el TC no admitía excepción alguna a la exclusión de la prueba ilícita. En esas sentencias el TC, de manera poco afortunada, argumentaba la desconexión causal de las pruebas que se pretendían admitir respecto de la lesión del derecho fundamental. Por el contrario, en la STC 81/98 se formulan verdaderas excepciones admitiendo la conexión causal entre las pruebas y el derecho fundamental menoscabado.

2. El argumento de que los derechos fundamentales no son absolutos en modo alguno implica que la garantía deba estar sometida a algún tipo de excepción

Primero, y elemental, el TC equipara, sin más, lo que sucede con los derechos fundamentales sustantivos a lo que acontece con los de naturaleza procesal. Hace, en definitiva, *tabula rasa*, cuando se trata de dos realidades muy distintas. Y es que lo que ocurre con los derechos fundamentales sustantivos —no gozar de carácter absoluto y estar sometidos a posibles restricciones— no es predicable tal cual de los procesales.

Sin que quepa entrar ahora en mayores honduras, no es que los derechos fundamentales no puedan estar sometidos a restricciones (por ejemplo, el derecho a un proceso público), sino que eso sólo ocurre extraordinariamente. Piénsese en el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley, a guardar silencio... y trátese de buscarles excepciones.

Pero, en segundo lugar, y tan contundente como lo anterior: aun cuando asumieramos la tesis del TC y aceptásemos la formulación de excepciones a la garantía con el razonamiento que él mismo utiliza, nos encontraríamos con supuestos en los que sería imposible aceptar las excepciones, sencillamente porque el referente que utiliza para ello el TC no admite restricción. Por ejemplo, si la garantía se ac-

tiva como consecuencia de la conculcación de un principio constitucional no restringible, como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE. Piénsese en las pruebas que aporta el agente provocador (creación *ex novo* de un entorno delictivo), donde no hubo finalmente lesión de derecho fundamental alguno al haberse impedido a última hora por la propia policía. También sucede cuando el derecho que se ha vulnerado y que activa la garantía es de naturaleza procesal y no sustantivo. Si no se ha advertido, por ejemplo, al imputado de su derecho a guardar silencio, ya no estamos ante un derecho restringible. No cabe buscarle excepciones. Etcétera.

3. *La insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales*

Cuando no existen razones jurídicas de peso para formular restricciones a un derecho fundamental, reaparecen indefectiblemente viejos conocidos: la seguridad ciudadana, la búsqueda de la verdad... Y rebrotan con rejuvenecido vigor: de repente, se redescubre su "trascendencia" constitucional. No es que se niegue que semejantes valores sean indiferentes en el plano constitucional, sino que no tienen intensidad suficiente para convertirse, ni más ni menos, que en genéricos criterios restrictivos de los derechos fundamentales.

A nadie se le ocurre ir enarbolando el criterio de la búsqueda de la verdad, ni siquiera en el caso de los derechos fundamentales sustantivos que admiten restricciones más evidentes, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, para justificar el correspondiente acto restrictivo. Que se sepa, hasta ahora, en la construcción dogmática de los elementos necesarios para dar cabida al acto restrictivo no aparece la búsqueda de la verdad al lado de los consabidos principios de intervención de indiciaria, de proporcionalidad, de legalidad y de reserva judicial, porque hablamos de planos o secuencias distintas.

Pues si eso es así en el caso de los derechos fundamentales, los sustantivos, cuyas legítimas restricciones están fuera de toda duda, resulta meridianamente claro cuál es el valor, como elemento restrictivo, de la búsqueda de la verdad cuando se la contrapone a un derecho fundamental procesal: ninguno, al menos en un moderno Estado de Derecho que incorpora un concepto de tutela judicial efectiva como el que existe en el nuestro. Si pensamos en otras experiencias históricas, en modelos puramente inquisitivos, entonces sí que la búsqueda de la verdad es el referente esencial para la construcción de un proceso de ese tipo y como elemento decisivo para restringir derechos fundamentales procesales, si es que en esos sistemas pudiera admitirse la existencia de éstos. El esquema es más bien este otro: de la tensión natural entre los derechos fundamentales y la verdad material resulta un modelo constitucional de proceso caracterizado por la presencia de un conjunto de garantías procesales, entre las que se encuentra la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida

Tan inútil, en el juego de los derechos fundamentales procesales, es la búsqueda de la verdad como elemento restrictivo de los mismos que tampoco sirve de ayuda para el legislador. Sin entrar en demasiadas profundidades, si fuera cierta la pretendida trascendencia constitucional procesal de la búsqueda de la verdad, devendría inconstitucional cualquier modelo procesal en el que no se optara decididamente por ella. No cabría instaurar el *adversary system* y las dos manifestaciones con las que se conoce al mismo: la aportación de parte en lo civil y el acusatorio en lo penal. Con otras palabras, la pretendida trascendencia constitucional procesal de la búsqueda de la verdad supondría la inconstitucionalidad de cualquier modelo procesal que instaurase como valor la neutralidad del juez.

4. *La falacia de la independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado*

Asumamos que el TC tuviera razón: hagamos desaparecer del panorama la garantía constitucional procesal y quedémonos sólo con el derecho fundamental sustantivo lesionado (ignorando, claro está, que a veces puede ser uno de naturaleza procesal). Con semejante premisa, comparemos ahora, por ejemplo, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con la declaración del policía testigo que aprehendió el alijo de droga, cuya existencia conoció al menoscabar el derecho fundamental contenido en el artículo 18.3 CE. ¿Acaso, como dice el TC, no son independientes? Pues bien, puntualicemos:

— El TC no se refiere, obviamente, a que estén desconectados en el plano de la causalidad (que el medio de prueba derive indirectamente de la lesión), pues ello no lo podría hacer ni con la ayuda del mejor prestidigitador.

— No, el TC cuando proclama el criterio de la independencia jurídica, lo que dice es esto: cuando depone el testigo (prueba indirecta) hay una desconexión tal con la lesión del artículo 18.3, que esa declaración testifical no supone volver a menoscabar el derecho al secreto de las comunicaciones. ¿Qué se puede argumentar ante semejante razonamiento? Lo primero y más urgente: mostrar una firme e incondicional adhesión. Ciertamente, cuando depone el testigo, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no padece en nada. ¿Dónde le aparece, pues, el problema al TC? En una lamentable confusión de planos: el extraprocesal, la realidad material, y el procesal. El proceso no consiste en la trasposición de la realidad material tal cual ante el órgano jurisdiccional, sino que se crea una nueva relación de la que surgen nuevas situaciones jurídicas y actos completamente diversos a los preexistentes a su inicio. En otras palabras y para mayor claridad, si a lo largo de la búsqueda de las fuentes de prueba se ha menoscabado un derecho fundamental existente en la realidad material, la aportación de la fuente de prueba al proceso y, en su caso, la utilización del medio de prueba no supone perpetuar la lesión del derecho fundamental primigenio. Volvamos al ejemplo:

cuando declara el policía que interceptó el alijo de droga, cuya existencia conoció a través de la lesión del artículo 18.3 CE, no vuelve a lesionar ese derecho fundamental. La lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se consumió en su momento, con la interceptación. A partir de ese momento, las actuaciones procesales que derivan de la misma ya no perpetúan la lesión. Sólo, y esto es lo que olvida el TC, guardan una relación de causalidad con la misma. Más claro aún: el derecho al secreto de las comunicaciones se lesiona cuando se graba la conversación, no cuando el policía depone. Para que a nadie le quede la menor duda: si el TC tuviera razón, si los actos procesales derivados de la lesión de un derecho fundamental pudieran perpetuar la lesión, necesariamente deberían ser tomados en consideración cuando se incoase un proceso en el que se pretendiese la tutela del derecho fundamental lesionado. Así, por ejemplo, si se iniciase un proceso para la reparación de la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, los hechos que generarían la responsabilidad serían no sólo la entrada sin mandamiento judicial sino también la declaración del policía que participó en el mismo o incluso el análisis de la sustancia encontrada. Que estos dos últimos supuestos no suponen ni de lejos la lesión de la inviolabilidad del domicilio resulta de perogrullo. Y eso, a su vez, demuestra, sin atisbos de duda, que la argumentación del TC sobre la independencia jurídica es por lo menos curiosa.

En otras palabras, la fuente y el medio de prueba utilizados en el proceso ya no lesionan el derecho fundamental que se menoscabó para obtenerlos.

Tan evidente es lo que afirmamos que el propio TC lo sostiene sin duda alguna cuando no se encuentra obligado a construir la teoría de la conexión de antijuricidad, STC 202/01, FJ 7: "Debe aquí recordarse, en primer lugar, que hemos dicho (últimamente en las SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 4, 122/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 9, y 14/2001, de 29 de enero, FJ 4) que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial *a posteriori* del resultado de las intervenciones telefónicas practicadas, pues dichas irregularidades no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en el momento de la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE...".

Por ello, el criterio de la independencia jurídica de las pruebas indirectas es una quimera: constata algo elemental. Tan elemental que, como se habrá deducido del ejemplo utilizado, también se cumple, muy a pesar del TC, en el caso de las pruebas directas: tampoco, por las mismas razones, cuando en el proceso se oye la cinta, obtenida mediante la lesión del derecho del artículo 18.3 CE, se menoscaba el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ni cuando se analiza la sustancia incautada se vulnera

el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio... Repetimos que el derecho fundamental sustantivo se lesionó en un único acto: cuando se grabó la cinta, cuando se entró en la casa sin mandamiento judicial... Y después, ¿qué está en juego en el proceso? Pues aquello que el TC se empeña en negar para poder montar su propia teoría: la garantía constitucional procesal de la inadmisión de la prueba ilícita.

Por eso, aun asumiendo las tesis del TC (negar la naturaleza procesal de la garantía y construir la teoría de la independencia jurídica), es imposible aceptar su conclusión: aplicarla sólo en el caso de las pruebas ilícitas indirectas y no también en el caso de las directas. De ahí que se intente argumentar, inútilmente, que estas últimas (las directas), como reitera la STC 149/01, "no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental" (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 8; en sentido similar STC 139/1999, de 22 de julio, FJ 4; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 8/2000, FJ 3)".

¿Por qué obra así el TC? Por un puro acto de voluntarismo: para salvar los despojos de la garantía y no renunciar a la exclusión de las pruebas directas. Aunque, como se comprenderá, el terreno está perfectamente abonado para dar, cuando se quiera, ese paso.

Es más, son tan funestas las consecuencias de la artificiosa construcción de la independencia jurídica que el propio TC está empezando a dar alarmantes señales inequívocas de no saber distinguir cuándo se halla ante una prueba ilícita directa o indirectamente obtenida¹.

5. La limitación artificiosa de las excepciones admisibles

Una vez que el TC ha dado a luz la teoría de independencia jurídica de las pruebas ilícitas indirectas (recordemos que no se comprende entonces por que no las aplica a las directas), es lógico que se asustase. Y es que el siguiente paso resultaba elemental: admítanse todas las pruebas ilícitas indirectas. Pero, claro está, esto era excesivo a todas luces. ¿Por qué? Porque no se puede perder de vista que todo el contenido teórico de la conexión de antijuricidad tiene una finalidad concreta. ¿Cuál? La de formular ciertas excepciones, a modo y semejanza de lo que hacen en Norteamérica. Y resulta que en esta fase de la construcción de la conexión de antijuricidad no es que se admitiesen ciertas excepciones, sino que la

¹ Así sucede en la STC 149/01, FJ 7, con la declaración de los policías que practican el registro que lesiona el derecho del artículo 18.2 CE. ¿Puede haber alguna duda de su carácter de prueba ilícita directa? Pues bien, el TC en la mentada sentencia concluye "De manera que, si bien estas declaraciones no son pruebas obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales al haber sido prestadas con todas las garantías en el juicio oral, derivan del registro y se conectarían de forma antijurídica con la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio en caso de apreciarse ésta, pues constituirían su materialización directa y aportarían el conocimiento directamente adquirido al practicar el registro." Y todo, insistimos, por la falaz argumentación de la independencia jurídica. Como nos descuidemos, al final va a resultar que las únicas pruebas directas son las piezas de convicción. O lo que es peor, con semejante panorama constatamos algo más grave: que la exclusión, sin fisuras, de las pruebas ilícitas directas parece tener sus días contados.

garantía está destruida casi por completo: por un acto de puro voluntarismo se han salvado las pruebas ilícitas directas (que son tan *independientes jurídicamente* como las indirectas), pero la suerte de las indirectas, en este momento, está echada. Hay que seguir alimentando a la criatura, la conexión de antijuricidad, para que no se admitan todas las pruebas ilícitas indirectas y, por ende, se elimine absolutamente el efecto reflejo. Surgen así los criterios de la perspectiva interna y la externa, que nacen, por las razones expuestas, con el estigma de la más absoluta debilidad.

a) *Perspectiva interna*

La perspectiva interna no es más que la formulación de la excepción del descubrimiento inevitable, a la que se añade *a posteriori* la del nexo causal atenuado, fundamentalmente en el caso de las confesiones. Así pues, en nuestro país ya se pueden admitir aquellas pruebas ilícitas indirectas que se iban inevitablemente a descubrir (normalmente porque la policía argumenta que el sospechoso estaba siendo vigilado las 24 horas del día, por lo que los hechos ilícitos advertidos a través del acto lesivo del derecho fundamental también se habrían conocido inevitablemente).

El caso más sangrante es el caso de las confesiones, articulado a través del expediente del nexo causal atenuado. Como la confesión está rodeada de unas garantías —presencia de abogado, advertencia de los derechos que asisten al confesante, etc.—, el TC razonará que la voluntariedad de la misma está fuera de toda duda, lo que, a su vez, atenúa su relación con la lesión primigenia del derecho fundamental. No abundaremos en demasía, por razones de espacio, ni tampoco haremos hincapié en algún que otro olvido del TC, por ejemplo: sí, el confesante, conocía sus derechos, pero ignoraba que el acto restrictivo carecía de valor y nada de lo obtenido en él se podría utilizar en su contra, por lo que la voluntariedad de la confesión es más que relativa... Pero sí debemos resaltar lo siguiente: en el caso de las confesiones analizadas por el TC, SSTC 161/99, 239/99, 8/00, resulta que versaban sobre los elementos hallados en el acto restrictivo: *v. gr.*, el confesante reconocía que la droga hallada era suya. La relación, en fin, entre la lesión del derecho fundamental y el medio de prueba es absoluta². De suerte que el TC se ve forzado a realizar alambicados razonamientos que permitan la permanencia en el proceso de los hechos resultantes de la lesión del derecho fundamental. Dicho de otra manera: el TC tiene que argumentar que, por ejemplo, aunque el registro efectuado es nulo y nada de lo allí descubierto tiene cabida en el proceso, sin embargo el hecho de que se descubriera droga sí cabe tomarlo en consideración para que la confesión que versa sobre la misma pueda ser admitida. Nace así la curiosísima distinción entre el plano fáctico y el jurídico. El plano jurídico es el que

conlleva la expulsión del proceso de las piezas de convicción halladas (la droga...) o el que impide que el policía que practicó el registro deponga, etc. Mientras que el plano fáctico consiste en esto: el hecho de que en el registro se encontró droga puede permanecer y permanece en el proceso, habilitando así la confesión que versa sobre ella. Así, afirma sin complejos la STC 149/01, FJ 6: "Sin embargo, lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (STC 161/1999, FJ 2). En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, "es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria" (SSTC 161/1999, FJ 4; 8/2000, FJ 3)".

El reparo inmediato, incluso desde la propia argumentación desplegada por el TC, es elemental: ¿acaso no se nos había tratado de convencer de que todo aquello que en el proceso resultaba directamente de la lesión del derecho fundamental seguía provocando la quiebra del mismo y, por ende, no entraba en la categoría de la independencia jurídica?, ¿resulta entonces que el plano fáctico no perpetúa la lesión?

En cualquier caso, otra pregunta, sin respuesta, surge inmediatamente: ¿por qué la perspectiva interna se ciñe a las dos excepciones comentadas? Nadie puede asegurar que las excepciones se limiten a las señaladas. Por ahora es así, pero el TC, a tenor, de lo expuesto, puede volver a sorprendernos en cualquier momento.

b) *La perspectiva externa*

Si la debilidad inmanente de la perspectiva interna es preocupante, todavía se agrava más en el caso de la perspectiva externa.

¿No parece elemental que las hipótesis del descubrimiento inevitable y del nexo causal atenuado son excepciones asumibles de la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita, según el TC? Pues todavía parecía excesivo. Es decir, hay que atender al derecho fundamental sustantivo y la necesidad de su tutela, evitando así que las excepciones lo mermen en demasía. O explicado de una forma más sencilla: hay que examinar la concreta lesión, por ejemplo, de la inviolabilidad del domicilio para dilucidar si la excepcional admisión de la prueba ilícita indirecta no afecta demasiado al contenido de ese derecho fundamental y a su necesidad de tutela.

Una objeción elemental: ¿no habíamos quedado en que la prueba indirecta era independiente jurídicamente de la lesión? ¿Cómo puede, entonces, la admisión de la misma repercutir en el contenido del derecho, aunque sea de forma indirecta?

Además, tampoco se puede perder de vista otro aspecto: el TC se encontraba con que había que "colocar" otros elementos que la jurisprudencia nortea-

² Tan fuerte es el vínculo que no sería impensable argumentar que este tipo de confesiones, aquellas cuyo objeto es lo aprehendido o descubierto en el acto que lesionó el derecho fundamental, podrían constituir supuestos de pruebas ilícitas directas.

americana emplea para calibrar las excepciones, *Stone vs Powell*, 428 U.S. 465, 96 S.Ct. 3037 (1976): "la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión que se ha producido en la esfera de la intimidad y la conciencia de la violación". Así, no puede sorprender que el TC no tenga problema (SSTC 81/98, 94/99, 238/99...) en utilizar como criterios decisivos para la perspectiva externa los siguientes: la índole del derecho vulnerado, la entidad de la vulneración y la existencia de dolo o culpa grave, entre otros factores.

6. **Consecuencias de la teoría de la conexión de antijuricidad en la jurisdicción del TC**

Cuando se desvirtúa una garantía constitucional procesal de esta suerte no se puede pretender que todo siga igual. Por el contrario, el sistema siempre se resiente, como se constata de la lectura de las SSTC 49/99, 94/99, 139/99. En este caso, una de las consecuencias más evidentes se manifiesta en la propia jurisdicción del TC. Hasta la formulación de la teoría que nos ocupa, la jurisdicción del TC en materia de derechos fundamentales procesales era absoluta, sobre todo en lo relativo a la presunción de inocencia y la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita. En términos más clarificadores: si al TC se le planteaba la lesión de la presunción de inocencia por el empleo de una prueba ilícita que resultaba decisiva, nada impedía que examinase si la prueba tenía tal carácter. Sin embargo, la conexión de antijuricidad restringe dramáticamente su jurisdicción. Recordarse que la excepción del descubrimiento inevitable consiste en un juicio hipotético que debe formular el órgano jurisdiccional, si la prueba se hubiese logrado inevitablemente. Por eso, el TC mantiene desde la STC 81/98 que ese juicio (un juicio de experiencia que también engloba los aspectos de la perspectiva externa) corresponde a la jurisdicción ordinaria, mientras que él se encarga de su mera revisión. El problema se plantea, pues, en aquellos recursos de amparo en los que la jurisdicción ordinaria no apreció la existencia de prueba ilícita porque no consideró que se hubiese lesionado el derecho fundamental. En estas hipótesis, si el TC entiende, por el contrario, que dicho menoscabo sí tuvo lugar, no podría formular directamente el juicio sobre la inevitabilidad del descubrimiento y los elementos que componen la perspectiva externa, por lo que se vería obligado a reenviar la cuestión a la jurisdicción ordinaria para que se pronunciase sobre ello en primer lugar. En otras palabras, el TC no puede decidir si hay lesión de la presunción de inocencia en el caso de las pruebas indirectas.

Un supuesto que todavía se podría complicar más. Son dables dos hipótesis:

— Que en el proceso se emplee prueba ilícita directa e indirecta. En este caso, el TC puede justificar, aparentemente, que el empleo de la prueba ilícita directa sí ha lesionado un derecho fundamental procesal y puede reenviar a la jurisdicción ordinaria para que examine la indirecta en primer lugar.

— Que, por el contrario, sólo se emplee prueba indirecta para fundar la condena. En este supuesto, en el que el TC, por lo explicado no se puede

el que el TC, por lo explicado no se puede pronunciar sobre ella, ¿qué lesión de qué derecho fundamental procesal justifica el reenvío a la jurisdicción ordinaria?

4. **LA INACABADA DEFINICION DOGMATICA DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA INADMISION DE LAS PRUEBAS ILICITAS: LOS REGIMENES ALTERNATIVOS DE NULIDAD PROCESAL, LA NATURALEZA NO PATOLOGICA DE LOS HALLAZGOS CASUALES, EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO**

Causa no poca perplejidad que el TC haya malgastado todas sus energías en la construcción de la teoría de la conexión de antijuricidad cuando ha existido una indefinición endémica de ciertos aspectos del contenido la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Aspectos que exigen una respuesta puntual para solventar supuestos que, en la práctica, requieren una solución urgente. Respuestas que, curiosamente, nos llevarán en ciertos casos, como los descubrimientos casuales, a la aceptación de la prueba, mientras que en otros, como el principio de unidad de acto, abocarán a la exclusión de la misma, o bien van a provocar un muy distinto tratamiento procesal en cuanto al régimen de nulidad, como sucede cuando se distingue entre pruebas obtenidas *como consecuencia* de lesionar un derecho fundamental y pruebas obtenidas *a la vez* que se menoscaba una garantía procesal del artículo 24 CE.

1. Empezando por el último supuesto enunciado: hay que distinguir entre pruebas obtenidas *como consecuencia* de violentar un derecho fundamental sustantivo y pruebas obtenidas *a la vez* que se conculca alguna de las garantías procesales del artículo 24 CE. En este segundo supuesto no va a ser infrecuente que el régimen de nulidad procesal aplicable sea el del artículo 238.3 LOPJ, 225.3 nueva LEC, y no el del artículo 11.1 LOPJ, aunque ya hemos dicho que no siempre será de esta manera. Piénsese, por poner un ejemplo, en un caso de ausencia del interesado en la diligencia de registro domiciliario, que no constituye una hipótesis de ilicitud probatoria del artículo 11.1 LOPJ (el requisito de la presencia del titular no responde a razones de intimidad del art. 18.1 CE, sino que está concebido en clave de derecho de defensa del artículo 24 CE). De hecho, es el propio legislador quien permite en el artículo 569 LECr que la presencia del titular domiciliario sea sustituida por la de dos vecinos del mismo pueblo, con lo que más se estaría aumentando que disminuyendo el impacto en la intimidad si también se involucra al vecindario. Dicha ausencia no determina, en contra de lo que viene manteniéndose jurisprudencialmente (no siempre con convicción: "por faltar autorización judicial, se perturba de alguna manera el derecho fundamental —también quizá cuando el registro se practica sin nadie que represente a la titularidad domiciliaria— (...)", STS (2ª) de 13 de mayo de 1996), un caso de aplicación del artículo 11.1 LOPJ, sino del artículo 238.3 LOPJ, artículo 225.3 nueva LEC.

No cabe olvidar que una de las principales manifestaciones del derecho de defensa, en su vertiente activa, dentro del procedimiento preliminar, junto a la posibilidad de solicitar actuaciones, consiste en la participación del imputado en los actos de investigación. En ese sentido, la redacción del artículo 333 Lecr, desde 1978, se considera paradigmática.

En la línea apuntada, podría argumentarse que la presencia del titular, o la persona que éste designe, artículo 584 LEcr, en la apertura de la correspondencia también es una manifestación del derecho de defensa. Recuértese que esa presencia no existe, lógicamente, cuando se ha acordado el secreto sumarial³. Lo que encajaría perfectamente en la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por ejemplo, la STC 174/01), que ha recordado, por activa y por pasiva, que el derecho fundamental que se restringe en estos casos es el de defensa.

2. La actual jurisprudencia sobre los hallazgos casuales no logra articular una respuesta satisfactoria. Tanto la teoría de la distinción entre la entrada y registro domiciliarios y la intervención en las comunicaciones, como la de la adición como concepto contrapuesto al de novación, como la de la aparición de una situación de flagrancia, son insuficientes, en este último caso para los delitos de efectos permanentes (tenencia de droga, depósito de armas, etc.), al no concurrir el requisito de la urgencia. Aunque todas ellas han aportado ciertos aspectos interesantes, normalmente de la mano del TS, terminan siendo superadas por el problema.

¿Cuál es exactamente la dificultad que impide la utilización judicial del hallazgo casual? ¿Por qué la resolución judicial no ha podido proyectarse sobre el nuevo hallazgo? El Tribunal Supremo mantiene que por vulneración del principio de especialidad. ¿Pero en qué consiste dicho principio?, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Se tuvo que construir un principio prematuro llamado de especialidad, que goza de una relativa consistencia, y que ha estado ocultando importantes espacios dogmáticos que se encontraban detrás. El principio de especialidad no pasa de ser una mezcla atípica del principio de proporcionalidad y del principio de intervención indiciaria. Del primero, porque el nuevo ilícito casualmente descubierto puede que no sea de la misma gravedad que el inicialmente investigado, o para cuya investigación no se requiera intervención material tan agresiva. Del principio de intervención indiciaria, porque la valoración indiciaria inicial no es posible que cubra un nuevo ilícito que ni siquiera se conocía. Es alrededor de esos dos principios, entonces, por donde debe venir la explicación del problema de los hallazgos casuales.

Sólo una vez conocida la verdadera naturaleza del problema, podemos preguntarnos acerca de la licitud o ilicitud constitucional de los descubrimientos casuales. Y es entonces cuando vamos descubriendo la

existencia de ámbitos modulados que nos van presentando los hallazgos casuales como algo cada vez menos patológico. No se trata propiamente de excepciones sino de simples modulaciones del contenido constitucional de dichos principios. En una de ellas consiste precisamente el caso de los hallazgos casuales. Así, en la delimitación del contenido del principio constitucional de intervención indiciaria van apareciendo supuestos de intervención restrictiva carente de indicios de ilicitud previa que, sin embargo, se encuentran constitucionalmente justificados: 1) restricción inevitable, 2) restricción imponderada, 3) restricción semi-ponderada, 4) restricción interpuesta, 5) restricción preventiva, 6) restricción contextual, 7) restricción menor, 8) restricción pseudo-indiciaria y 9) restricción semi-indiciaria. De la misma manera que la resolución judicial que permite intervenir las comunicaciones del imputado se extiende, ahora sin base indiciaria, a la persona del interlocutor (restricción inevitable), o así como son posibles restricciones sin base indiciaria en los ámbitos penitenciario o aduanero (restricción contextual), o de carácter exclusivamente preventivo a propósito de la realización del test de alcoholemia o de la utilización de videocámaras por la policía para prevenir la comisión de ciertos ilícitos (restricción preventiva), así también cierta relevancia procesal de los descubrimientos casuales constituye un supuesto de restricción constitucionalmente justificada (restricción imponderada), siempre que se pruebe, claro está, que la policía no dispuso de tiempo suficiente para acudir en busca de la ampliación de la autorización judicial. Y lo dicho en relación a los ámbitos modulados del principio de intervención indiciaria es proyectable de igual manera al principio de proporcionalidad.

Por todo ello, el hallazgo casual no presenta problema alguno si la policía solicita, inmediatamente, la correspondiente ampliación de la autorización judicial. En caso contrario, sólo tendría cabida en el proceso si se justifica estrictamente la imposibilidad de haber requerido sin dilación la ampliación de la habilitación judicial, ya que, de proceder así, el acto de investigación estaba abocado al fracaso. En definitiva, el hallazgo casual no puede ser admitido si ha existido una insistencia restrictiva injustificada tras la aparición de éste, pues ya no cabría hablar, propiamente, de un descubrimiento casual. Con semejante planteamiento, la discutible flagrancia delictiva en los delitos de efectos permanentes deja de ser decisiva.

3. Existe también la necesidad de articular el principio de la unidad de acto para dar respuesta a ciertos supuestos en los que la lesión del derecho fundamental y la obtención de la prueba, aunque se presenten dentro del mismo marco restrictivo, pueden parecer desconectados bajo la más estricta relación de causalidad. Por ejemplo, si se produce una detención que conculca el derecho fundamental del artículo 17 CE, y el detenido confiesa pasado un tiempo, en presencia de su abogado, advertido de sus derechos... ¿acaso no podría argumentarse la desconexión causal de la confesión, de manera que resultase aceptable?

Pues bien, para dar respuesta a este interrogante existe el principio de unidad de acto. Es una articula-

³ Aunque la ley al abordar la circulación vigilada de droga y otras sustancias, artículo 263 bis.4 LEcr, señala expresamente la ausencia del titular, parece evidente que en cuanto el juez la acuerde, incoando el oportuno proceso, o bien tenga conocimiento de ella, y también proceda de la forma indicada, dispondrá, a la par, el secreto sumarial

ción técnico-jurídica que prohíbe contemplar aisladamente los elementos o secuencias de una misma intervención restrictiva, cuando la naturaleza de ésta impone su consideración unitaria. Dicho principio evita que se conciba la restricción del derecho fundamental como una película compuesta por innumerables fotogramas, para luego aislar el que contiene la lesión y volver a montarla como si nada hubiese ocurrido. Así sucedería con la confesión antes mencionada o con la detención ilícita seguida de un registro corporal practicado, ahora sí, correctamente. El principio de unidad de acto garantiza los derechos del ilícitamente detenido para que no sea posible aislar la confesión o la segunda intervención restrictiva, la intervención corporal,

del hecho mismo de la detención. Lo mismo ocurre, por citar otros casos, con el reconocimiento en rueda que tiene lugar algo después. Existen, pues, dos clases de unidad de acto: concurriendo distintos derechos fundamentales dentro de un mismo evento restrictivo y en relación a un único derecho fundamental.

Naturalmente el TC va a buscar la validez de la prueba en estos casos con una doble jugada: en primer lugar, soslayando la aplicación del principio de unidad de acto y, en segundo lugar, una vez ya ubicado, sin deberlo estar, en el terreno del efecto indirecto, fingiendo una desconexión entre la declaración del detenido, el reconocimiento en rueda, etc., y la antijuricidad inicial.

EDITORIAL TROTTA

Tel.: 34 91 543 03 61
E-mail: trotta@trotta.es
<http://www.trotta.es>

VÍCTOR ABRAMOVICH
Y CHRISTIAN COURTIS

Los derechos sociales como derechos exigibles

TERESA VICENTE (coord.)

Justicia ecológica y protección del medio ambiente

VÍCTOR MÉNDEZ BAIGES

*Sobre morir,
Eutanasias, derechos, razones*

ASCENSIÓN CAMBRÓN (ed.)

*Reproducción asistida:
promesas, normas y realidad*

JOSÉ RUBIO-CARRACEDO, JOSÉ MARÍA ROSALES
Y MANUEL TOSCANO

Retos pendientes en ética y política

JUAN TERRADILLOS (ed.)

*Protección de los intereses financieros
de la Comunidad Europea*

JOSÉ EDUARDO FARIA

El Derecho en la economía globalizada

ALBERTO MELUCCI

Vivencia y convivencia

LUIGI FERRAJOLI

Los fundamentos de los derechos fundamentales
Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

LUIS PERAL FERNÁNDEZ

*Éxodos masivos, supervivencia
y mantenimiento de la paz*

ANTONIO MADRID

La institución del voluntariado

MAURIZIO FIORAVANTI

Constitución. De la Antigüedad a nuestros días

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho,
el fraude de ley y la desviación de poder*

HÉCTOR SILVEIRA GORSKI (ed.)

Identidades comunitarias y democracia

CARLOS DE CABO

Sobre el concepto de ley