

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación

Manuel MIRANDA ESTRAMPES

### I. ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA REGLA DE EXCLUSION

La regla de exclusión de la prueba ilícita, entendida como aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales, fue elaborada por nuestro TC, siguiendo el ejemplo del TC italiano. El Tribunal Constitucional italiano en su *STC 34/1973*, dictada en un tema de intervenciones telefónicas, proclamó la *inutilizzabilità*<sup>1</sup> en el proceso de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio o vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, acuñando el término *prove incostituzionali*<sup>2</sup>. Por su parte, nuestro TC en la conocida *STC 114/1984*, de 29 de noviembre, dio carta de naturaleza a la recepción de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento configurándose, en sus orígenes, como una garantía procesal de naturaleza constitucional, radicada en el artículo 24 CE, íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías y, en el marco del proceso penal, con el derecho a la presunción de inocencia<sup>3</sup>. Para el TC (fj. 5º) la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con

el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (art. 24.2 y 14 CE). Aunque en dicha sentencia no faltan las referencias a la jurisprudencia norteamericana, lo cierto es que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita se sitúa al margen del *deterrent effect* característico del modelo norteamericano, y se entronca directamente con el carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y en su condición de inviolables, conforme a lo declarado en el artículo 10.1 de nuestro texto constitucional. El fj. 4º de la mencionada *STC 114/1984*, proclama que:

“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 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...”.

También, en Italia un sector de la doctrina sostiene la existencia de un principio de rango constitucional que sanciona la *inutilizzabilità* de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, que derivaría de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 3º, de la Constitución italiana que sanciona “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”<sup>4</sup>.

Este fundamento constitucional permite distinguir la construcción originaria de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro país del modelo norteamericano de la *exclusionary rule*, cuya aplicación viene condicionada por la necesidad de prevenir aquellas actuaciones policiales que puedan lesionar los derechos fundamentales, estando descartada dicha aplicación cuando dicha finalidad no

<sup>1</sup> El artículo 191 del Codice di Procedura Penale italiano dispone que “1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”. Sobre el concepto de *inutilizzabilità* véase Galantini, N., *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, CEDAM, 1992; Scella A., “L’inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale”, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 1/1992, págs. 203 y ss.

<sup>2</sup> En la misma línea se ha pronunciado también, con posterioridad, en la *STC 81/1993*. Vid. Mainardis, Cessare, “L’inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2/2000, págs. 371 y ss. también, en Alemania el TC Federal se ha pronunciado sobre la exclusión de la prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona, con independencia de la gravedad de la acusación: vid. Fernández Entralgo, J., “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *La prueba en el proceso penal II*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, nota 156. Por su parte, el Tribunal Supremo Federal alemán elaboró la denominada teoría del “entorno jurídico”, en virtud de la cual en caso de que se lesionen prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas, depende de si la “lesión afecta de forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él”. Vid. Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 192-193.

<sup>3</sup> Originariamente la doctrina de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico se elaboró en el marco de un proceso laboral por despido, pero donde se ha desarrollado con toda su plenitud ha sido en el ámbito del proceso penal.

<sup>4</sup> Mainardis, C., “L’inutilizzabilità...”, ob. cit., pág. 379.

pueda alcanzarse<sup>5</sup>. Si bien en su nacimiento la *exclusionary rule* aparece directamente ligada a la IV<sup>6</sup> y V<sup>7</sup> Enmienda de la Constitución de EEUU, lo cierto es que pronto se alude al *deterrent effect* como verdadero fundamento de su reconocimiento en el proceso penal<sup>8</sup>. Como exponente de dicha concepción la sentencia dictada en el caso *US v. Calandra*<sup>9</sup>, en 1974, afirmó que la regla de exclusión es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada. Dos años más tarde en el caso *US v. Janis*<sup>10</sup>, se confirma esta naturaleza no constitucional de la regla de exclusión, al declarar que "el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policíacas ilícitas" y más adelante añade que "la regla por la que se excluye la prueba obtenida en 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..."<sup>11</sup>. Esta finalidad disuasoria se erige en la verdadera razón de ser de la exclusión de la prueba ilícita en el modelo procesal norteamericano. Como advierte la doctrina, en la actualidad la vigencia de la *exclusionary rule* se justifica únicamente por razones pragmáticas, que se traducen, como indica Fidalgo Gallardo, en eliminar el incentivo que presumiblemente pueda mover a la Policía a violar la Ley en su labor de obtención de pruebas<sup>12</sup>. Díaz Cabiale y Martín Morales señalan que:

"No se niega el refrendo constitucional de la ex-

<sup>5</sup> Como, por ejemplo, cuando la policía actúa de buena fe (*good faith exception*). Excepción a la que después nos referiremos.

<sup>6</sup> La IV Enmienda prohíbe los registros y detenciones arbitrarias, sin que exista causa probable.

<sup>7</sup> La V Enmienda consagra el derecho a no declarar contra sí mismo en una causa penal.

<sup>8</sup> En el ordenamiento jurídico estadounidense el régimen de la exclusión de las pruebas ilícitas sólo se aplica en el proceso penal, no en el proceso civil en donde, como pone de manifiesto Fidalgo Gallardo, se mantiene el sistema tradicional, heredado de la tradición multisecular del *common law*, de admisibilidad de materiales probatorios independientemente de las circunstancias de su obtención ("La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América", *Tribunales de Justicia*, nº 5, mayo 2003, pág. 22). La única excepción a esta regla general viene representada por los denominados procesos de decomiso (*forfeiture*): Caso *One Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380 US 393 (1965), citado por Salas Calero, L. "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos", *Poder Judicial*, nº 66, pág. 398.

<sup>9</sup> 414 US 338 (1974).

<sup>10</sup> 428 US 433 (1976).

<sup>11</sup> Para un estudio más exhaustivo sobre el origen y fundamento de la *exclusionary rule* norteamericana y sus excepciones véase Díaz Cabiale, J. A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; Velasco Núñez, E., "Doctrina y limitaciones a la teoría del "fruto del árbol envenenado" en la prueba ilícita (EEUU y España)", *Revista General de Derecho*, num. 624, septiembre 1996, págs. 10149 y ss.; Fernández Enraigo, J., "Las reglas del juego Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida", en AA VV., *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996; Salas Calero, L., "Aspectos materiales...", ob. cit., págs. 367 y ss.; Fidalgo Gallardo, C., "La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América", *Tribunales de Justicia*, nº 5, mayo 2003, págs. 21 y ss.

<sup>12</sup> Fidalgo Gallardo, C., "La regla de exclusión...", ob. cit., pag. 28.

*clusionary rule*, en la cuarta o decimocuarta<sup>13</sup> enmienda, porque es el único modo de que la legislación de los distintos estados la asuma, pero sí queda claro que su ubicación constitucional es instrumental o subordinada: no es en sí misma una exigencia constitucional, sino una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policíacas contrarias a los derechos de las enmiendas constitucionales<sup>14</sup>.

El reconocimiento de dicha finalidad conlleva como consecuencia necesaria la no aplicación de la regla de exclusión cuando quien ha obtenido la prueba ilícita ha sido un particular<sup>15</sup> o incluso unos agentes policíacos extranjeros fuera del territorio estadounidense<sup>16</sup>.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, al año siguiente de dictarse la *STC 114/1984*, la regla de exclusión recibió el refrendo del legislador mediante su plasmación normativa en el artículo 11.1 LOPJ. En su formulación legal se privó de efectos a toda prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. En nuestro ordenamiento jurídico resulta indiferente, por tanto, quien haya obtenido la prueba ilícita que trata de incorporarse al proceso, así como el concreto proceso en el que pretende hacerse valer (proceso civil, penal...)<sup>17</sup>. La configuración de la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal determinada que constatada la violación de un derecho fundamental la consecuencia sea la exclusión de la prueba del proceso y, por tanto, la prohibición de admisión y de valoración de la misma<sup>18</sup>.

A pesar de esta diferencia en cuanto a su fundamento, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la regla de exclusión se ha visto sometida a un idéntico proceso de reducción de su alcance similar al que afectó a la *exclusionary rule* norteamericana. Podemos hablar, incluso, de un fenómeno de *norteamericanización* de la regla de exclusión, que se ha traducido en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación, hasta tal punto que en algunos aspectos resulta, en la actualidad, prácticamente irreconocible si la comparamos con su formulación constitucional originaria. La historia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro país se caracteriza por una constante y reiterada limitación de sus efectos, que la han tornado irreconocible y que ha llevado en el presente año 2003 a la admisión por nuestro TC de la ex-

<sup>13</sup> Consagra el derecho al proceso debido.

<sup>14</sup> Díaz Cabiale, J. A., y Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, pág. 77.

<sup>15</sup> *Burdeau v. McDowell*, 256 US 465 (1921).

<sup>16</sup> *Brualy v. US*, 389 US 986 (1967), en un caso de agentes policíacos mexicanos.

<sup>17</sup> Como hemos visto en su origen la regla de exclusión se elaboró por el TC en el marco de un proceso laboral por despido. Vid en la actualidad el artículo 287 LEC/2000, cuyo párrafo 1º dispone que "Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes".

<sup>18</sup> Acerca del fundamento constitucional de la regla de exclusión véase Díaz Cabiale, J. A., y Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, págs. 27 y ss.

cepción de la buena fe como límite a la aplicación de la propia regla de exclusión, como analizaremos con detalle más adelante.

En las páginas siguientes vamos a tratar de desarrollar la evolución de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos permitirá constatar este fenómeno de paulatina restricción o limitación de su ámbito de aplicación al que nos hemos referido.

## II. EL CONCEPTO DE “DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES”

El TC optó desde el principio por un concepto restrictivo del término “derechos y libertades fundamentales”, identificando como tales únicamente a los previstos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I del texto constitucional (arts. 15 a 29). Así, la mencionada *STC 114/1984* —declaró, en su fj. 4º, la “nulidad radical de todo acto público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sec. I Cap. II Tít. I CE”<sup>19</sup>. Desde esta concepción, únicamente aquellas pruebas obtenidas con violación de alguno de los derechos enumerados en dichos preceptos podían considerarse como pruebas ilícitas y eran susceptibles de aplicación de la regla de exclusión formulada en el artículo 11.1 LOPJ<sup>20</sup>.

No obstante, como apunta un sector de nuestra doctrina<sup>21</sup>, nada impide que bajo dicho término puedan incluirse todos los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del mencionado Título I, que abarcaría desde el artículo 14 al 38 CE<sup>22</sup>, o incluso todos los reconocidos en el Título I de la Constitución, bajo la rúbrica *De los derechos y deberes fundamentales*.

Esta última concepción amplia permitiría incluir entre tales derechos al de propiedad, previsto en el artículo 33 CE, por lo que la obtención de prueba violentando dicho derecho sería una manifestación de prueba ilícita incardinable en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión prevista en el artículo 11.1 LOPJ.

## III. EL CONCEPTO DE “OBTENCION DE FUENTES DE PRUEBA”

La primera limitación al alcance de la regla de

exclusión de la prueba ilícita se produce con bastante prontitud, al año siguiente de su plasmación normativa en el mencionado artículo 11.1 LOPJ, con la *STC 64/1986, de 21 de mayo*. Según la interpretación sostenida en esta sentencia la regla de exclusión sólo debe entrar en juego cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la *obtención* de las fuentes de prueba, esto es, durante la labor de búsqueda, identificación y recogida de las fuentes probatorias. Por el contrario, los supuestos de vulneración de derechos fundamentales producidos en el momento de la admisión de la prueba o en el de su práctica en el proceso deberán ser reconducidos a la regla de la interdicción de la indefensión, sometidos, por tanto, al régimen de las nulidades de los actos judiciales (art. 238 y ss. LOPJ/ arts. 225 y ss. LEC/2000). Según esta interpretación, cuando la vulneración de derechos fundamentales se produce en la fase de incorporación de las fuentes de prueba al proceso su tratamiento quedará excluido del ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ. La distinción entre un régimen u otro presenta un alcance material, pues los supuestos de nulidad procesal quedan excluidos, según la doctrina constitucional, del reconocimiento de eficacia refleja.

Esta interpretación restrictiva recibió las acertadas críticas de un amplio sector doctrinal, que calificó la distinción de injustificada<sup>23</sup>. Esta distinción basada en el momento en que se produce la violación carece de un sólido fundamento y resulta contraria a la propia formulación constitucional de la regla de exclusión. Lo relevante es constatar la presencia objetiva de una violación de un derecho fundamental, con independencia del momento concreto (preprocesal o procesal) en que tal violación se haya producido<sup>24</sup>. Una cosa es que empíricamente la vulneración de derechos fundamentales se produzca con mayor frecuencia durante la *obtención* de las fuentes de prueba, y otra que la regla de exclusión no se aplique a los supuestos en que dicha vulneración se produce en el momento de la incorporación o práctica de los medios de prueba en el proceso, en donde se *obtienen* aquellos elementos probatorios necesarios para fundamentar la decisión jurisdiccional.

Recientemente Gálvez Muñoz invoca dos razones para fundamentar su visión crítica de la doctrina elaborada en la *STC 64/1986*, que compartimos plenamente. Según dicho autor:

“La primera consiste en que la figura de la interdicción de la indefensión no abarca, ni siquiera desde un punto de vista teórico, todo el campo de las posibles violaciones de derechos fundamentales que se puedan producir en el terreno de la ad-

<sup>19</sup> Vid., también, *STC 127/1996*, fj. 3º.

<sup>20</sup> Esta concepción restrictiva ha recibido el respaldo de un sector de la doctrina: Pico i Junoy, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.Mª. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pág. 290. Martí Sánchez N., “La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal* nº 7, 16 al 22 de febrero de 1998.

<sup>21</sup> Díaz Cabiale J.A., y Martín Morales, R., “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, *La Ley*, nº 4445, 24 diciembre 1997, págs. 2 y 3, que defienden incluso la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 11.1 LOPJ a las infracciones de los derechos del Capítulo III, intitulado *De los principios rectores de la política social y económica*, del Título I. Gálvez Muñoz L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 10, 2003, págs. 81-82.

<sup>22</sup> Esta parece ser la posición mantenida en la *STC 85/1994*, cuyo fj. 4º afirma 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 Cap. II, Tit. I CE...” (la cursiva es del autor).

<sup>23</sup> Asencio Mellado, J. Mª, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit Trivium, Madrid, 1989, págs. 81-64. Jorge Barreiro, A., “La prueba ilícita en el proceso penal”, *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, vol II, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 1239-1240. Vegas Torres, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Edit. La Ley, Madrid, 1993, págs. 121-122, nota 128.

<sup>24</sup> Vid. nuestro trabajo sobre *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. Mª Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 64-66.

misión y práctica de los medios de prueba, sino sólo una parte, aunque muy importante, de las mismas. El caso más llamativo es el de los derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues parece que tiene poco sentido valorar las infracciones de tales derechos no por sí mismas, sino con arreglo a la producción o no de indefensión.

La segunda razón se refiere, por su parte, a que la limitación defendida por el Tribunal Constitucional puede llevar a consecuencias absurdas, pues puede suceder perfectamente que la violación de un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico u otro según el momento en que se produzca la violación...<sup>25</sup>.

A los efectos de aplicación de la regla de exclusión resulta indiferente el momento concreto en que se ha producido la vulneración del derecho fundamental<sup>26</sup>, lo verdaderamente relevante es precisamente la constatación de la violación de un derecho de esta naturaleza.

#### IV. LA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILCITA

##### IV.1. Reconocimiento constitucional

La STC 85/1994, de 14 marzo, reconoció expresamente a la prueba ilícita eficacia refleja, incorporando de esta forma la doctrina norteamericana de los "frutos del árbol envenenado" (*the fruit of the poisonous tree doctrine*)<sup>27</sup>. En su f. 4º afirma que "Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes... vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria...", y más adelante añade que "esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de los recurrentes". El indicio al que se refiere la sentencia consistía en la ocupación de droga en poder de una menor de edad, indicio que no hubiera podido obtenerse sin saber previamente que la referida menor iba a realizar un determinado recorrido transportando "algo" desde el domicilio de los recurrentes hasta el suyo propio, hecho del que se tuvo conocimiento a través de las intervenciones telefónicas inconstitucionales.

Como declaran Díaz Cabiale y Martín Morales:

<sup>25</sup> Gálvez Muñoz L., *La ineficacia...*, ob. cit., págs. 100-101.

<sup>26</sup> En nuestro trabajo sobre la *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 26-29, distinguíamos entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal, y ambos deberían estar sujetos al mismo régimen del artículo 11.1 LOPJ.

<sup>27</sup> El TS (Sala 2ª) alude a dicha eficacia con el término descriptivo de "efecto dominó": *SSTS 17 junio 1994, 6 octubre 1999*.

"No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables", añadiendo más adelante que "no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos"<sup>28</sup>.

La STS (Sala 2ª) de 4 julio 1997<sup>29</sup> se pronuncia, también, en idénticos términos (f. 2ª):

"... 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 LOPJ), jurídicamente contaminados"<sup>30</sup>.

El TC venía exigiendo, para el reconocimiento de eficacia refleja, la existencia de una simple conexión causal-natural entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada lícitamente practicada<sup>31</sup>, en línea con la posición mantenida por nuestra doctrina<sup>32</sup>. Existirá esta relación causal cuando las pruebas derivadas, siendo en sí mismas consideradas lícitas, tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita<sup>33</sup>. Esta doctrina fue recogida por el TS (Sala 2ª) reco-

<sup>28</sup> Díaz Cabiale, J. A., y Martín Morales, R., *La garantía...*, ob. cit., pág. 71. En esta misma línea Gálvez Muñoz, L., *La ineficacia...*, ob. cit., págs. 165-166.

<sup>29</sup> Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón.

<sup>30</sup> También STS 18 julio 2002, del mismo Ponente.

<sup>31</sup> La STC 49/1996 declara, en el f. 2º, que la "ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas", y en el f. 5º añade que "Una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas... se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria". El reconocimiento de efectos reflejos ya había sido admitido, también, por la Sala 2ª del TS en el conocido *Aulo 18 junio 1992*, dictado en el denominado *Caso Naseiro*, razonando que "otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados contrarios al inculpad" (vid. f. 7º y 8º).

<sup>32</sup> López Barja de Quiroga, J., *Las intervenciones telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit Akal, Madrid, 1989, págs. 117-118. Andrés Ibañez, P., "La función de las garantías en la actividad probatoria", en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ., Madrid, 1993, págs. 240-241.

<sup>33</sup> El Código Procesal Penal salvadoreño ha reconocido normativamente la eficacia refleja de la prueba ilícita en el artículo 15, párrafo segundo, al establecer que "No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito", aunque a continuación admite expresamente las excepciones de la buena fe, de la fuente independiente y del hallazgo inevitable, de clara inspiración norteamericana.

nociendo desde una óptica negativa la inexistencia de eficacia refleja en aquellos supuestos de *desconexión causal*<sup>34</sup>.

A pesar de este inicial reconocimiento absoluto de la eficacia refleja de la prueba ilícita, como una consecuencia inherente de la aplicación de la propia regla de exclusión, se ha visto sometida a un proceso de constante limitación que culmina con su práctica desaparición tras la construcción de la denominada teoría de la "conexión de antijuridicidad".

## IV.2. Excepciones

El reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita ha ido acompañado, al igual que en el modelo procesal norteamericano, de la admisión de excepciones introducidas por el TC y el propio TS (Sala 2ª).

### IV.2.1. La excepción de la "prueba jurídicamente independiente"

La denominada excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) fue una construcción de la jurisprudencia norteamericana<sup>35</sup>. En realidad, no se trata de una verdadera *excepción*, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si ésta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita exista una relación o conexión causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión alguna con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales<sup>36</sup>. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal.

El verdadero problema no radica, por tanto, en su reconocimiento y admisión, sino en la calificación como *independiente* de aquella prueba que realmente no tiene este carácter, pues parece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita.

La *STC 86/1995* nos ofrece un claro ejemplo de extensión desmesurada del concepto de "prueba independiente", que introduce la primera gran grieta en el pilar que sostiene el edificio de la eficacia refleja de la prueba ilícita. La sentencia atribuye a la *confesión voluntaria del acusado*, ante el Juez de Instrucción<sup>37</sup> y en el acto del juicio oral, la condición de "prueba jurídicamente independiente", afirmando 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 de los recurrentes a la presunción de inocencia".

El propio TC reconoce la existencia de relación causal entre la intervención telefónica practicada con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no había existido autorización judicial, y la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios, pero a continuación añade que:

"la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención",

Siendo suficiente para su utilización probatoria que el imputado hubiera sido informado de sus derechos con carácter previo a la declaración y que hubiera estado asistido de abogado (vid fj. 4º). No parecía existir ningún obstáculo en admitir que la confesión voluntaria del acusado era una *prueba diferente*, pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de *prueba independiente* pues se encontraba causalmente conectada con la prueba inicial ilícita.

La doctrina contenida en dicha sentencia parece inspirarse en la excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle* o *purged taint*) elaborada por la jurisprudencia norteamericana. Esta excepción se aplicó en el conocido caso *Wong Sun v. US*<sup>38</sup>, en donde si bien se rechazaron todas las pruebas practicadas por estar basadas en un inicial registro ilegal, se admitió la validez de la confesión de uno de los acusados, pues se había prestado una vez finalizada la situación de detención tras personarse voluntariamente, días después, en las dependencias policiales y tras ser informado de sus derechos. Aun reconociendo que de no haber existido la inicial entrada ilegal muy probablemente la confesión no se hubiera producido, se consideró que su voluntariedad y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la lesión inicial. El caso analizado presenta notables similitudes con el examinado en la *STC 86/1995*.

La sentencia fue objeto de duras y acertadas críticas por parte de un sector de nuestra doctrina. Merece ser recordada la que en su día hizo, en esta misma revista, el magistrado Carmona Ruano, evidenciando que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria<sup>39</sup>. Como apunta Andrés Ibáñez la confesión así obtenida también sería ilícita pues no

<sup>34</sup> Vease nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 116, nota 231.

<sup>35</sup> *Bynum c. US*, de 1960; *Segura c. US*, 468 US 796 (1984)

<sup>36</sup> Un ejemplo lo encontramos en la *STC 54/1996*, en cuyo fj. 9º podemos leer que "En definitiva, tal manifestación testimonial y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con *independencia* de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida" (la cursiva es del autor).

No hay que olvidar que esta confesión sumarial se produce en un momento en que no estaba prevista legalmente la entrevista previa con el Letrado, introducida en el actual artículo 775 LECrim, según redacción dada por la Ley 38/2002.

<sup>38</sup> 371 US 471 (1963).

<sup>39</sup> Carmona Ruano, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?", *Jueces para la Democracia*, num. 25, julio, 1996, págs. 95 y ss. En esta misma línea crítica Fernández Entralgo, J., "Las reglas del...", ob. cit., págs. 185-187. Vease, también nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita*, ob. cit., págs. 116-117.

podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre los datos, efectos u objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por ejemplo, durante un registro domiciliario ilícito). Dicho autor afirma que:

“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”<sup>40</sup>.

La confesión del acusado actuaría, en realidad, como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarían de esta forma su virtualidad probatoria. Como advertía el también magistrado Jorge Barreiro, incluso antes de que se dictara la *STC 86/1995*:

“... parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena...”<sup>41</sup>.

El TS (Sala 2ª) se mostró, en un primer momento, contrario a la aceptación de la doctrina contenida en la *STC 86/1995*. Así, la mencionada *STS 4 julio 1997* tras reconocer que el Tribunal de instan-

cia no había reconocido efecto probatorio alguno al contenido de las conversaciones telefónicas registradas, reprochó que hubiera utilizado como prueba de cargo la declaración en el acto del juicio oral de los dos acusados, declarando, en su f.º 3º, que:

“ha de convenirse con la representación del recurrente —pese a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, entre otras—, en que la admisión por los imputados de hechos descubiertos ilícitamente no constituye propiamente prueba independiente sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y en consecuencia inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia”<sup>42</sup>.

#### IV.2.2. *El descubrimiento inevitable*

Una de las excepciones elaboradas por la jurisprudencia norteamericana a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” ha sido la del *inevitable discovery*, como modalidad de la anterior excepción de la “fuente independiente”. En virtud de dicha doctrina se admite la utilización de aquellos elementos probatorios obtenidos ilícitamente pues los mismos se habrían obtenido inevitablemente por otros medios o vías legales lícitas<sup>43</sup>. Como evidencia Salas Calero esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por los tribunales de apelaciones. En todo caso, se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original<sup>44</sup>.

Nuestro TS (Sala 2ª) ha reconocido dicha excepción en la mencionada *STS 4 julio 1997*<sup>45</sup>, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*. En su f.º 4º se establece 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

<sup>42</sup> No obstante, en dicha sentencia se acabó aplicando la *excepción del descubrimiento inevitable*, como analizaremos a continuación, cuyo origen se sitúa también en la jurisprudencia norteamericana, aunque limitada a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar, según se afirma en el f.º 4º, que “se propicien actuaciones que tiendan a ‘acelerar’ por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indebidamente por otras vías, pero más tardíamente”.

<sup>43</sup> El origen de dicha excepción se sitúa en el caso *Nix v. Williams*, 467 US 431 (1984), en donde durante un interrogatorio ilegal el imputado confeso ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver. También en el caso *Oregon v. Elstad*, 470 US 298 (1985).

<sup>44</sup> Salas Calero, L. “Aspectos...”, ob. cit., págs. 386 y ss.

<sup>45</sup> Ponente Candido Conde-Pumpido Touron

<sup>40</sup> Andrés Ibáñez, P., “La función de las garantías”, ob. cit., pág. 240.

Jorge Barreiro, A., “La prueba ilícita en el proceso penal”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, volumen II, CGPJ, Madrid, 1993, pag. 1237.

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 ellos— *las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha*<sup>46</sup>, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención”, y acaba razonando que “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...”.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia 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 la 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, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales<sup>47</sup>. Como denuncian Díaz Cabiale y Martín Morales, en la práctica el parámetro de la *inevitabilidad* irá sufriendo una continua degradación y al final ocurrirá lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de

ser descubierto por la policía; es más lo habría sido sin vulnerar derecho fundamental alguno<sup>48</sup>.

#### IV.2.3. *La doctrina de la conexión de antijuridicidad*

Como tuvimos ocasión de pronunciarnos con anterioridad<sup>49</sup> la teoría de la conexión de antijuridicidad ha producido, de hecho, la práctica desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal<sup>50</sup>. Creemos que los acontecimientos posteriores han venido a confirmar este pronóstico formulado en el momento inicial de la aparición de la *STC 81/1998*.<sup>51</sup> Desde su elaboración por el TC en esta sentencia sólo en dos ocasiones —salvo error— se ha acabado reconociendo eficacia refleja y otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*SSTC 50/2000, 299/2000*), en todos los demás supuestos analizados se ha desestimado el amparo por estimar que no concurría la necesaria conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, o se ha reenviado la causa al Tribunal de instancia para que se pronuncie expresamente sobre la existencia o no de dicha conexión de antijuridicidad<sup>52</sup>.

Según esta doctrina, para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el TC denomina, respectivamente, perspectivas interna y externa). La mencionada *STC 81/1998* declara, en su fj. 4º, que:

“Para tratar de determinar si esa conexión de an-

<sup>46</sup> Díaz Cabiale J. A., y Martín Morales. R., *La garantía ...*, ob. cit., pág. 88.

<sup>49</sup> Vid., nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita ...*, ob. cit., pág. 118.

<sup>50</sup> En contra de esta opinión López Ortega, J.J., “Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la *STC 81/1998*)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, pág. 125, para quien dicha sentencia representó el más serio intento realizado hasta ese momento, de resolver los conflictos que confluyen al abordar el problema de la prueba ilícita: evitando inconsecuencias y tensiones innecesarias en la estructura de la Constitución y proporcionando criterios generales de decisión, para ponderar los distintos intereses en conflicto, de modo semejante a las soluciones reinantes desde hace tiempo en otras regulaciones del derecho comparado.

<sup>51</sup> La doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido aplicada con posterioridad en numerosas sentencias: entre otras, *SSTC 49/1999, 161/1999, 171/1999, 238/1999, 239/1999, 8/2000, 28/2002, 167/2002*, y aparece plenamente consolidada tanto en la doctrina del TC como en la jurisprudencia del TS (Sala 2ª), salvo excepciones a las que después aludiremos.

<sup>52</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de la *STC 49/1999*. Por su parte, en la *STC 28/2002* se acordó la retroacción de actuaciones al momento anterior al fallo por estimar inmotivada la desconexión causal entre la intervención telefónica y los registros domiciliarios practicados. Este reenvío puede producir en la práctica numerosos problemas, derivados, entre otros, del tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia de instancia hasta el pronunciamiento revocatorio del TC.

<sup>46</sup> La cursiva es del autor

<sup>47</sup> Velasco Núñez, E., “Doctrina y limitaciones...”, ob. cit., págs. 10164-10165, pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad de la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

tijuridicidad existe o no, 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 aquélla; 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. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”.

Desde esta última perspectiva deberá analizarse la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida (vid. fj. 6<sup>º</sup>)<sup>53</sup>.

Frente a la inicial formulación incondicionada de la regla de exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, el TC condiciona su exclusión a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental (en el caso analizado el derecho al secreto de las comunicaciones) exige. Y ello se hace, como advierte Rodríguez Ruiz, en términos preventivos que recuerdan la jurisprudencia norteamericana y que atienden al efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, por encima de su papel como garante del disfrute de los derechos<sup>54</sup>. Como manifestación de este cambio de enfoque el TC focaliza su atención en la intencionalidad de la violación originaria por parte del órgano judicial, así como en la entidad objetiva de la violación cometida, para descartar, en atención a las *necesidades de disuasión*, la extensión de la prohibición de valoración a las pruebas reflejas o derivadas. Significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones contenidas en el fj. 6<sup>º</sup>, cuando afirma que:

“Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las *necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*”<sup>55</sup>.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración

<sup>53</sup> En el caso analizado se descartó la aplicación de eficacia refleja pues la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones había consistido en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, vulneración que, a juicio del TC, no imponía la necesidad de extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas.

<sup>54</sup> Rodríguez Ruiz, B., “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril”, *Teoría y realidad constitucional*, num. 3, 1999, pag. 332.

<sup>55</sup> La cursiva es del autor.

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.... 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”.

La teoría de la conexión de antijuridicidad reformula el fundamento de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, acercándose a los pronunciamientos de la jurisprudencia norteamericana contenidos, por ejemplo, en los mencionados casos *US v. Calandra* y *US v. Janis*, colocando el *deterrent effect* en el núcleo central de la justificación aplicativa de la regla de exclusión. A partir de la *STC 81/1998* el TC ya no se va a pronunciar con un carácter absoluto acerca de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino que va a admitir la existencia de excepciones. Exponente de esta nueva orientación que actuará de antesala a pronunciamientos posteriores que cuestionan, en determinados supuestos, la propia aplicación de la regla de exclusión, es la *STC 49/1999*, cuyo fj. 12, tras reproducir la doctrina contenida en la *STC 114/1984* acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, introduce un matiz novedoso de gran alcance, pues añade que:

“En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, *en ocasiones*”<sup>56</sup>, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”.

A la luz de esta nueva doctrina, para el TC no siempre que se enfrente ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales la consecuencia será su inutilizabilidad procesal. Ya no se trata simplemente de negar eficacia refleja a la prueba ilícita, sino de cuestionar incluso, en determinados casos, la propia aplicación de la regla de exclusión. En esta línea debe situarse el voto particular formulado por el entonces presidente del TC, Cruz Villalón, a la *STC 49/1999*, en donde sin ningún rubor se llega a afirmar que:

“El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos, es decir, el del simple derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo...”; y más adelante añade que “Es necesario, por tanto, admitir que no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida...”.

<sup>56</sup> La cursiva es del autor

Como veremos más adelante, estas afirmaciones han sido el prelude de la admisión explícita por parte del TC de la excepción de la *buena fe* en nuestro ordenamiento jurídico y de su operatividad en el ámbito del proceso penal.

Volviendo a la teoría de la conexión de antijuridicidad, debemos constatar que, en realidad, la misma no actúa como una única excepción al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita, al modo de las excepciones creadas por la jurisprudencia norteamericana, sino dados los términos excesivamente vagos e imprecisos en que ha sido formulada posibilita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal de las más variadas excepciones. Nuestro TC no ha optado por diseñar un catálogo cerrado de excepciones a la ineficacia de la prueba refleja, como sería deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino que a través de una construcción teórica excesivamente artificiosa<sup>57</sup> ha cuestionado el carácter absoluto de dicha eficacia refleja, autorizando la apreciación de excepciones en función de las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto analizado. Así, al amparo de dicha construcción ya se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos de excepciones, la de la confesión voluntaria del acusado y la conocida como descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente<sup>58</sup>.

#### a) La confesión voluntaria del inculcado

La teoría de la conexión de antijuridicidad ha dado carta de naturaleza a la confesión voluntaria del inculcado como factor determinante de la ruptura de la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original, confirmando la doctrina apuntada en la *STC 86/1995*. Se admite, por tanto, que la simple confesión voluntaria del acusado —aunque como veremos más adelante, en algunos casos en condiciones de dudosa constitucionalidad—, es idónea para fundamentar una declaración de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental. En estos casos, no se niega la existencia de una conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria del acusado, pero, precisamente, la voluntariedad de la misma y el hecho de haber sido practicada con todas las garantías se estima que produce la ruptura del nexo jurídico con la infracción inicial y posibilita su utilización probatoria a los efectos de destruir la presunción de inocencia. Ejemplos de la apreciación de dicha excepción al amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad, los encontramos en las *SSTC 161/1999*, *239/1999* y *8/2000*. En la primera de estas sentencias se declara, en su fj. 4º, que:

“b) Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respe-

tadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. 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...”.

En realidad, si analizamos con detenimiento la forma de operar de la confesión del acusado nos daremos cuenta que mediante la misma se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos o conocidos mediante una actuación contraria a los derechos fundamentales, *convalidando* de esta forma el acto originario ilícito. No se trata, como a veces se argumenta, de que la simple confesión se erige en la única prueba idónea para destruir la presunción de inocencia, pues evidentemente ello plantearía un problema de suficiencia probatoria. La confesión aparece complementada con aquellos datos obtenidos de forma ilícita, de tal forma que sin éstos difícilmente la confesión tendría la condición de prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia. La admisión, por ejemplo, de la droga ocupada por parte del acusado sólo adquiere valor probatorio si la relacionamos y complementamos con los datos obtenidos de forma ilícita: por ejemplo, el hallazgo de la droga como consecuencia de un registro inconstitucional y su posterior análisis pericial, que nos determina la clase de sustancia, su peso y pureza, extremos absolutamente relevantes para determinar la existencia del *animus* de tráfico. Estamos, por tanto, ante un supuesto de utilización indirecta de aquellos datos cuyo conocimiento ha sido adquirido mediante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, incumpléndose, de esta forma, la prohibición de valoración contenida en el artículo 11.1 LOPJ<sup>59</sup>.

Por otro lado, en última instancia la declaración de culpabilidad o no del acusado se hace depender de la mayor o menor pericia de su Letrado. Si éste,

<sup>57</sup> Así la califican Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R., *La garantía...*, ob. cit., pag. 104.

<sup>58</sup> Gálvez Muñoz, L., *La ineficacia...*, ob. cit., pag. 186

<sup>59</sup> La *STS 18 julio 2002*, ponente Cándido Conde-Pumpido Touron, tras advertir que debe manejarse con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad”, pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, declara que “la utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el artículo 11.1 de la LOPJ. Como anteriormente se ha señalado, prohibir el uso directo de medios probatorios inconstitucionalmente obtenidos y permitir su aprovechamiento indirecto para exigir al acusado una explicación sobre los mismos, utilizando sus respuestas como base probatoria, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso”.

conociendo que la totalidad de la prueba es ilícita, le aconseja que niegue los hechos o que guarde silencio, la sentencia será absolutoria; si por el contrario no le aconseja en este sentido y el acusado confiesa los hechos, la sentencia probablemente será condenatoria. Estimamos que el contenido de la decisión final y la garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal no puede hacerse depender de la mayor o menor habilidad jurídica del letrado del acusado. A esta conclusión contribuye el hecho de que en la mayoría de las ocasiones la declaración de ilicitud de la pruebas se dilata al momento de dictar sentencia, posibilitándose de esta forma su entrada en el proceso y su contacto con el Tribunal, incumpléndose la prohibición de admisión que conlleva la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas, y dando ocasión a la producción de los perversos efectos psicológicos<sup>60</sup>.

Incluso, en alguna ocasión, se ha concedido validez a la confesión voluntaria del acusado practicada en condiciones constitucionalmente deficitarias desde la perspectiva del derecho de defensa y del derecho a la no autoincriminación. La confesión de admitirse su validez probatoria debería estar siempre sometida al requisito de la asistencia letrada, al margen de la situación de detención o no del imputado<sup>61</sup>. No ha sido este el criterio seguido por nuestro TC en la *STC 38/2003*, en donde en un supuesto en que el acusado se acogió en el acto del juicio oral a su derecho a no declarar y a guardar silencio, se admitió la utilización probatoria de su confesión sumarial practicada sin asistencia letrada, con el argumento de su innecesidad al no encontrarse en situación de detención. Estimamos que mediante esta interpretación los umbrales de protección del derecho a la no autoincriminación y del derecho de defensa no alcanzan aquellos mínimos que serían exigibles para garantizar su plena efectividad.

En algún caso, el TS ha condicionado la validez de la confesión voluntaria del acusado a que se hubiera producido una vez el Tribunal hubiera declarado la ilicitud de la diligencia inconstitucional. La *STS 13 marzo 1999*<sup>62</sup> declara, en su f.º 4.º, que:

“... la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la intrusión de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal. Siendo indiscutible, porque así se dice en la sentencia recurrida con valor de declaración probada, que lo único que hizo posible el descubrimiento del cargamento de hachís fue la inconstitucional actuación de la Guardia Civil y estando evidentemente vinculada al resultado de dicha actuación la confesión de culpabilidad de los acusados, no puede llegarse a otra conclusión sino

a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dichas confesiones, ha surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. No hubiera sido así si, en la audiencia previa al acto del juicio oral, el Tribunal de instancia, accediendo a lo solicitado por las Defensas, hubiese declarado la nulidad de la diligencia policial de entrada y registro y a continuación, una vez expulsada formalmente dicha prueba del proceso, se hubiesen autoinculpado los acusados de un hecho del que ya no hubiese existido otra prueba que su propia manifestación. Pero, no habiéndose producido la previa y oportuna declaración de nulidad y permaneciendo en el proceso la prueba ilícita durante el acto del juicio oral, cuanto dijeron los acusados en relación con el transporte y la posesión de la droga estuvo inexorablemente determinado por la prueba ilícita, por lo que sus manifestaciones no pudieron sanar la inconstitucionalidad de dicha prueba...”.

Esta excepción sería admisible si la declaración de ilicitud fuera acompañada de la prohibición de preguntar al acusado acerca de los datos o informaciones obtenidas con la diligencia ilícita, excluyéndose sus resultados del proceso, y, además, la confesión fuera espontánea y practicada con las debidas garantías. No obstante, en nuestra opinión, de no existir otros elementos probatorios independientes de contenido incriminatorio, estaríamos ante un verdadero supuesto de insuficiencia probatoria a los efectos de destruir la presunción de inocencia.

Mantiene, también, una visión crítica hacia la teoría de la conexión de antijuridicidad, la reciente *STS 17 enero 2003*,<sup>63</sup> en donde se cuestiona acertadamente la utilización probatoria de la confesión del acusado. En dicha sentencia se analiza un supuesto de no presencia del detenido durante la práctica del registro domiciliario, declarando que dicha presencia es un requisito legal de *ius cogens*, con inequívoca relevancia constitucional, y debe darse para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio. El incumplimiento de dicho requisito conlleva, por aplicación del artículo 11.1 LOPJ la imposibilidad de utilizar en la causa como prueba de cargo el resultado de la diligencia de entrada y registro realizada de esta forma ilícita. A continuación la sentencia plantea el espinoso problema de la trascendencia probatoria que deba darse a la aceptación por parte del acusado de la existencia de la droga incautada en su domicilio, cuestionando que, en estos casos, se produzca una verdadera *desconexión jurídica*, como viene afirmando el TC. Dos son las razones fundamentales por las que se cuestiona dicha desconexión jurídica. Primero:

“porque toda la información relevante, incluía la que sirvió de base para que el instructor y la acusación pudieran formular al imputado no recurrente las preguntas que dieron lugar a sus declaraciones

<sup>60</sup> Sobre dichos efectos véase nuestro trabajo sobre *El concepto de nulidad*, ob. cit., págs. 103 y ss.

<sup>61</sup> Véase artículo 767 LECrim, según redacción dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre.

<sup>62</sup> Ponente Jose Jimenez Villarejo

<sup>63</sup> Ponente Perfecto Andrés Ibañez.

autoinculporatorias, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración del derecho fundamental del artículo 18.2 CE. De manera que entre el registro inconstitucional y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-*natural*, sino de auténtica *causalidad jurídica*, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de una previa decisión judicial. Decisión judicial ejecutada con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como práctica procesal afectante a derechos fundamentales, tendría que haberse ajustado, y que —tras de no haber sido así— siguió proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales”.

Segundo, “al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio del imputado de que se trata fue obtenida mediante —y en el curso de— una entrada y registro declarada constitucionalmente ilícita, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor, primero, y, luego, por la acusación como si no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas “capciosas”, en el sentido de inductoras a error (art. 709 LECrim). Así ha de ser, puesto que se ocultó al interrogado —formalmente asistido de letrado, pero ingenuamente rendido ante la evidencia física del hallazgo de la droga, y desinformado por tanto— un dato relevante del contexto *jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa*: el de la invalidez radical de ese elemento de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculpaado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE)”.

La sentencia analizada acaba cuestionando la legitimidad constitucional de la condena basada en la simple confesión del acusado, afirmando que:

“En cualquier caso, y aun cuando —en una improbable hipótesis de escuela— la declaración autoinculporatoria hubiese sido prestada con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la aplicación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en *suicidarse*, procesalmente hablando”.

La referida sentencia fue objeto de un voto particular por parte del magistrado Juan Saavedra Ruiz, que además de discrepar en cuanto a la cuestión de fondo apuntaba la necesidad de haber abocado su decisión al Pleno, pues se apartaba de la doctrina que hasta este momento había mantenido el TS. Objeción que, en este punto concreto y aún compartiendo absolutamente la crítica formulada a la teoría de la conexión de antijuridicidad, no carecía de justificación, por cuanto el TS venía manteniendo, como consecuencia de la aplicación

do, como consecuencia de la aplicación de dicha teoría, la virtualidad de la confesión voluntaria del acusado como medio eficaz para fundamentar la desconexión jurídica entre la prueba ilícita original y la prueba derivada (confesión voluntaria del acusado).

b) El descubrimiento probablemente independiente

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad ha sido la del descubrimiento probablemente independiente, que no hay que confundir con la del descubrimiento inevitable que hemos examinado con anterioridad. Como apunta Gálvez Muñoz:

“Con esta excepción se está haciendo referencia, dicho con otras palabras, a todos aquellos supuestos en que se considera que la actuación inconstitucional no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona. Existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba. La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental no ha sido indispensable ni determinante para la obtención de la prueba en cuestión, de tal modo que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma y de idéntica manera”<sup>64</sup>.

Esta excepción se aplicó, por primera vez, en la mencionada *STC 81/1998* al considerar que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato “neutro”, pues no fue ni indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga. En el f. 5º se argumenta que:

“La sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita. A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Gálvez Muñoz, L., *La ineficacia...*, ob. cit. pág. 186.

<sup>65</sup> Otro ejemplo de la aplicación de dicha excepción lo encontramos en las *SSTC 171/1999* y *238/1999*, en donde destaca la irrelevancia de los datos obtenidos a través de las intervenciones telefónicas en orden a la obtención del resultado final (en ambos casos la ocupación de la droga). A una conclusión contraria se llegó en la *STC 167/2002* al señalar que los datos obtenidos con la intervención de las conversaciones telefónicas no tenían un carácter neutral o irrelevante en orden a la identificación de los recurrentes y al conocimiento de su participación en la actividad delictiva investigada (f. 8º).

En los casos analizados por el TC los datos obtenidos con las intervenciones telefónicas y la observación y seguimiento policial que se venía desarrollando se encontraban en relación de complementariedad, siendo difícil determinar aisladamente el papel que jugaba cada uno de ellos en la consecución del resultado final. Resulta, por tanto, aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención telefónica un papel meramente accesorio o "neutro", como lo califica expresamente el TC, lo que puede plantear, además, la falta de proporcionalidad de la injerencia dada su innecesariedad, al existir otros medios de investigación en marcha, que se han mostrado más eficaces para el descubrimiento del delito y la detención de los delincuentes.

Por otro lado, se trata de supuestos en que si bien puede *intuirse* la existencia de una desconexión causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, ésta no resulta plenamente justificada o acreditada, a pesar de lo cual, el TC mediante el artificio de la ausencia de conexión de antijuridicidad en atención a su carácter irrelevante, admite la utilización de la prueba refleja en el proceso<sup>66</sup>.

## V. LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE (*GOOD FAITH EXCEPTION*)

La excepción de la buena fe tiene también su origen en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en el caso *US v. León*<sup>67</sup>, en un supuesto en que la policía había efectuado un allanamiento basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente fue declarado contrario a la IV Enmienda pues la orden se había dictado sin concurrir *causa probable*, a pesar de lo cual se admitió la presentación de las pruebas obtenidas con ocasión del registro al estimarse que la policía había actuado de buena fe<sup>68</sup>.

La carencia de efecto disuasorio justifica, a juicio de la Corte Suprema Federal norteamericana, la admisión de la *good faith exception* y la no aplicación de la regla de exclusión. Cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito.

Desde la perspectiva del modelo continental europeo, dicha excepción resultaba inadmisibles, pues la regla de exclusión se configuraba como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables. Sin embargo, la aparición de la teoría de la conexión

de antijuridicidad abrió la espita para la ulterior admisión de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico que se ha visto reconocida finalmente en la *STC 22/2003*. Se ha cumplido de esta forma el pronóstico pesimista que en el año 2001 realizaron los profesores Díaz Cabiale y Martín Morales a la luz de la doctrina contenida en la *STC 81/1998*:

"el TC ya no parte de la premisa básica antes expuesta, estamos ante una garantía procesal constitucional, sino que, a modo y semejanza de la jurisprudencia norteamericana, entiende que se trata de un mecanismo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, por lo que puede ceder si la tutela de éstos no exige la exclusión de la prueba. Con semejante planteamiento es sólo cuestión de tiempo que se admita la excepción de la buena fe."<sup>69</sup>

La mencionada *STC 22/2003* analiza un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido, con el consentimiento de la esposa, a su vez denunciante, durante el cual se ocupó un arma de fuego propiedad del acusado. La sentencia apreció una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al estimar que el consentimiento prestado por la esposa no era válido, argumentando, en su fj. 8º que:

"... el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del artículo 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 conyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido".

El punto de inflexión se sitúa en las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues el TC lejos de aplicar la regla de exclusión contenida en el artículo 11.1 LOPJ, acaba admitiendo el aprovechamiento probatorio del hallazgo del arma de fuego, desestimando la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El núcleo central de esta nueva doctrina se encuentra en el fj. 10º, al declarar que:

"... 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

<sup>66</sup> Gálvez Muñoz, L. *La ineficacia*, ob. cit., pag. 192, utiliza el término "prueba hipotéticamente independiente"

<sup>67</sup> 468 US 897 (1984).

<sup>68</sup> Se ha aplicado, también, esta excepción en aquellos supuestos en que la policía actuó al amparo de una ley que con posterioridad es declarada inconstitucional: caso *Michigan v. De Filippo*, 443 US 31, (1979)

<sup>69</sup> Díaz Cabiale J A., y Martín Morales R., *La garantía*, ob. cit., pag. 82

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..., 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. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, *en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución*<sup>70</sup> y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar"; y acaba afirmando, en el f. 11º, que "la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente".

Ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales. Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe. En esta línea crítica se pronuncia el Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular a la *STC 22/2003*, quien advierte que hasta este momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido a su respecto excepción alguna. Sigue razonando que:

"... 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 de "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor grave-

dad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial.

Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías...".

Esta idea de violación del derecho al proceso justo, que compartimos plenamente, inspira, también el voto parcialmente disidente del magistrado Loucaides a la *Stedh caso Khan vs. Reino Unido*, de 12 de mayo de 2000, que aunque reconoció la violación del artículo 8 CEDH (respeto a la vida privada), pues en la época de los acontecimientos el sistema legal no regulaba el uso de mecanismos encubiertos de escucha, descartó la violación del artículo 6.1 CEDH, derivada de la utilización probatoria del resultado de dichas escuchas. Frente a este pronunciamiento de la mayoría, el magistrado disidente afirma que:

"No puedo aceptar que un juicio sea 'justo', como exige el artículo 6, si la culpabilidad de una persona se establece mediante una prueba obtenida vulnerando los derechos humanos que garantiza el Convenio"; y más adelante añade que "si se acepta que la admisión de la prueba obtenida contra una persona vulnerando el Convenio no necesariamente infringe la equidad exigida en virtud del artículo 6, entonces la protección efectiva de los derechos en virtud del Convenio se vería frustrada", y concluye afirmando que "la utilización en el juicio del demandante del material grabado secretamente, y su condena basándose en dicho material, son contrarias a las exigencias de equidad que garantiza el artículo 6.1 del Convenio".

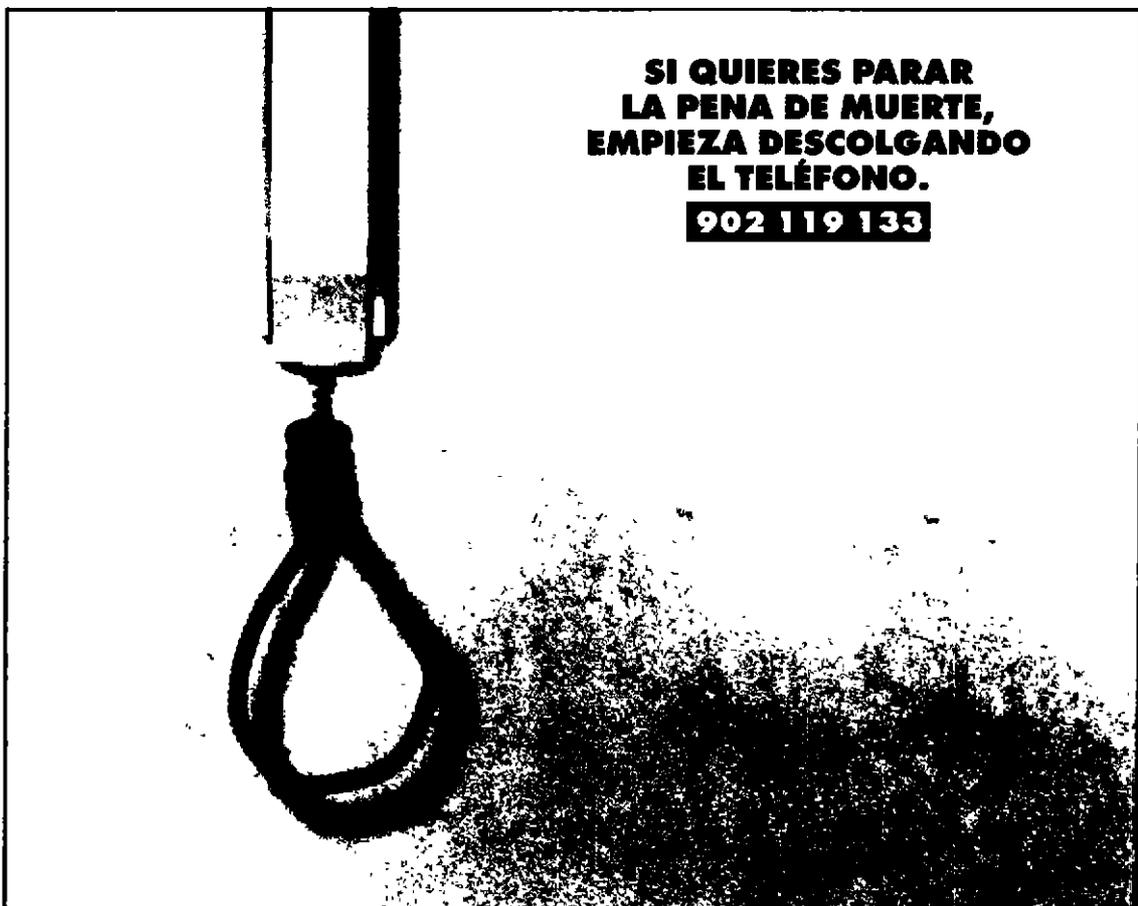
En el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes actuantes (policiales o judiciales), sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada su presencia la consecuencia debe ser la prohibición de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo. La única excepción a la aplicación de la regla de exclusión que resulta admisible serían los supuestos de pruebas ilícitas a favor del reo. Si la prueba ilícitamente obtenida acreditase la inocencia del acusado no debería rechazarse su virtualidad probatoria sobre la base de su ilicitud. En realidad, más que ante una excepción, la utilización de la prueba ilícita a favor del reo forma parte del contenido esencial de la propia regla de exclusión como garantía de naturaleza constitucional<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Díaz Cabiale, J. A., y Martín Morales, R., *La garantía*, ob. cit., pags. 197 y ss., afirman que se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso en nombre de los derechos fundamentales, el *ius puniendi* del Estado priva de libertad a un inocente o, al menos, a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad.

<sup>70</sup> La cursiva es del autor

En esta sentencia el TC, tras la consolidación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, culmina el proceso de *norteamericanización* de la regla de exclusión al que nos referíamos al inicio de este trabajo, desmontando su configuración como garantía procesal constitucional, situando al *deterrent effect* como su fundamento y finalidad exclusiva, única forma de ad-

mitir la existencia de excepciones a la operatividad procesal dicha regla. Tras desterrar prácticamente la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico, ahora la atención se centra en la propia regla de exclusión, la cual, en nuestra opinión, se encuentra tras la doctrina contenida en la *STC 22/2003*, herida de muerte.



**SI QUIERES PARAR  
LA PENA DE MUERTE,  
EMPIEZA DESCOLGANDO  
EL TELÉFONO.**

**902 119 133**

---

Si quieres hacer algo en contra de la PENA DE MUERTE,  
llámanos o envíanos este cupón.

Recibirás información

nombre: \_\_\_\_\_

dirección: \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_ población: \_\_\_\_\_



**Amnistía  
Internacional**

Sección Española  
C/Fernando VI, 8-1ª Izda.  
28004 Madrid  
TEL: 902 119 133  
amnistia.internacional@a-i.es  
www.a-i.es