
LA PRUEBA ILÍCITA: LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA Y SUS EXCEPCIONES

MANUEL MIRANDA ESTRAMPES

Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

La protección de los derechos fundamentales y del individuo frente a la persecución penal del Estado tiene uno de sus indicadores más importantes cuando se revela el contenido conceptual de la prueba ilícita y el modelo teórico explicativo que determina los fundamentos, la naturaleza y los efectos de la regla de exclusión probatoria.

El autor hace una breve introducción del concepto de *prueba ilícita* y un repaso de los dos grandes modelos teóricos explicativos de la regla de exclusión probatoria: el estadounidense y el europeo continental.

Una vez determinadas las bases conceptuales, Miranda Estrampes, a partir del análisis de la jurisprudencia, determina que la justicia española bascula ligeramente hacia el modelo estadounidense a la hora de aplicar excepciones a la regla de exclusión probatoria.

Finalmente, desglosa todas las excepciones que se han aplicado hasta ahora en la regla de exclusión en los Estados Unidos y cómo algunas de éstas ya inspiran la jurisprudencia en España.

Protection of basic rights of public prosecution presents one of its main indicators when one reveals the conceptual content of inadmissible evidence and the theoretical model that describes and determines the principles, nature and effects of the rule of suppression of evidence. The author gives a brief introduction to the concept of inadmissible evidence and a review of the two main theoretical models about exclusion of evidence: the North-American and the Continental European theoretical frameworks.

Having laid the conceptual foundations, Miranda Estrampes, through an analysis of jurisprudence, determines that the Spanish legal system swings slightly towards the North-American model when applying exceptions to the rule of suppression of evidence. He finally lists all the exceptions that have been applied to the exclusion rule in the United States to date, and how some of them are already having an impact on the Spanish legal system.

1. LA ILICITUD DE LA PRUEBA

1.1 NOTAS INTRODUCTORIAS

La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales. Al analizar dicha materia nos encontramos ya con una primera dificultad derivada de la diferente terminología que vienen utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia, pues la misma dista bastante de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones proba-

torias,¹ prueba ilegal² o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida,³ prueba inconstitucional,⁴ prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina.⁵ A ello se añade que estas diferencias terminológicas implican, en muchas ocasiones, verdaderas divergencias conceptuales.

Debemos diferenciar entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba (Miranda, 2007). El primero significa que los elementos de prueba deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que toda prueba debe obtenerse y practicarse con respeto a los derechos fundamentales.

Sobre la base de estos dos principios y desde un plano dogmático, con la finalidad de introducir cierta claridad en este tema, deberíamos partir de la diferenciación conceptual de dos categorías: prueba ilícita y prueba irregular, con un significado y alcance distintos, como desarrollo a continuación.

1. Este término fue acuñado a principios del presente siglo por Beling en su conocida obra *Die beweiserbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal). Sin embargo, en la actualidad, como pone de manifiesto Pastor Borgoñón, B. (en «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia*, núm. II, 1986, p. 338, nota 1), esta expresión no deja de tener detractores incluso en la doctrina alemana. Por su parte, Gómez Colomer, J.L. (en *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 133, nota 26) nos dice que el término *prueba prohibida* es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a «prohibiciones» de prueba, dado que existen varios supuestos y no uno sólo. De todas formas, como apunta dicho autor, es un nombre cómodo y gráfico para designar los supuestos en que la prueba es inadmisibles (ilícita, en terminología italiana), es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación, ser aprovechados en el proceso. En nuestra doctrina, López Barja de Quiroga, J. (en *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, p. 82-83) se decanta por el término *prueba prohibida*, por cuanto, en su opinión, es más general y abarca todos los supuestos. Las SSTC 128 y 129/1993, de 19 de abril, utilizaron también el término *prueba prohibida* en referencia a las declaraciones prestadas por el imputado sin ser advertido de su condición.

2. En nuestra doctrina, Huertas Martín, M.I. (en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, p. 132-133), dentro del concepto *prueba ilegal*, dicha autora incluye los siguientes grupos: a) la prueba prohibida o interdicción legal de utilización de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios, b) la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales, y c) la prueba irregular, esto es, aquella practicada o asumida con violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o de los principios que rigen la actividad probatoria.

3. Capelletti, M. «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte». En *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pág. 137.

4. Allena, G. (en «Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale». *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, abril-junio de 1989, fasc. 2, p. 506 y ss.), con mención expresa de la Sentencia 34/1973, de 6 de abril, dictada por la Corte Costituzionale italiana, conceptúa la *prove incostituzionali* como aquella «*prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione...*». Para este autor «*il concetto di incostituzionalità della prova risulta essere una specificazione di quello di sua illicittà*».

5. Bernal Cuéllar, J. (en «Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal». *Revista Universitaria de Derecho Procesal*. UNED, núm. 4 especial, 1990, p. 396-397) distingue entre la prueba ilícita y la prueba clandestina: lo ilícito implica una conducta no permitida por la ley, mientras que clandestino es comportamiento oculto o en términos generales opuesto a lo realizado públicamente. Para este autor ordinariamente el único bien jurídico lesionado para la obtención de la prueba clandestina es el derecho a la intimidad o privacidad. En nuestra opinión, la anterior distinción carece de utilidad a los efectos del presente trabajo.

1.2 CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA Y DE PRUEBA IRREGULAR

Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.

La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone más adelante, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.

Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos de corte acusatorio han incorporado una regla de exclusión probatoria en virtud de la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (ilicitud probatoria). Ya es clásica la cita del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365) al establecer que «no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio». Históricamente, en los modelos penales inquisitivos, la invocación de la verdad material, según la teoría de la dualidad de verdades procesales (material y formal), había servido para justificar la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita. Se defendía que todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debía ser valorado por el Juez para formar su convicción fáctica. Y como *razón de refuerzo* se invocaba, a su vez, el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. En un contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material como fin justificaba y amparaba la utilización de todas las pruebas cualesquiera que fuese su forma de obtención.

Esta manifestación de *maquiavelismo probatorio* debe entenderse incompatible con el Estado de derecho y el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Por un lado, como ya apuntó hace tiempo Walter (1985), la libertad de apreciación probatoria no es equivalente a libertad de utilización. Por otro lado, tal como expone Gössel (2002, 77), en un Estado de derecho el interés legítimo a un proceso penal plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. La prohibición de prueba, sigue diciendo el profesor alemán, tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado.

1.3 FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Si bien la regla de exclusión de las pruebas ilícitas se ha universalizado, lo cierto es que su naturaleza, alcance y efectos depende de cuál sea la explicación que se ofrezca acerca de su fundamento. El análisis de dicho fundamento puede hacerse desde dos modelos teóricos explicativos.

1.3.1 Modelo norteamericano

El primero de estos modelos se caracteriza por la *desconstitucionalización* de la regla de exclusión (*exclusionary rule*) y es propio del sistema procesal-penal norteamericano. Aunque es cierto que en su origen la *exclusionary rule* apareció directamente vinculada a la IV y V Enmiendas de la Constitución de EEUU (caso *Boyd vs. US.*, 116 US 616, 1886; y *Weeks vs. US.*, 232 US 383, 1914), que prohíben, respectivamente, los registros y detenciones arbitrarias sin que exista *causa probable* y las autoincriminaciones involuntarias,⁶ sin embargo, con el transcurso de los años la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*).⁷ Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976). En esta última sentencia se declara que «el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales 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...».

Son, por tanto, razones pragmáticas, como destaca en la doctrina española Fidalgo Gallardo (2003, 28), las que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). Estamos, por tanto, ante un remedio de creación judicial que no descartaría la aplicación de otros remedios alternativos (por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias) en cuanto demostrasen su mayor eficacia para el logro de esa finalidad disuasoria. Desde esta perspectiva no faltan voces autorizadas en la doctrina estadounidense que cuestionan precisamente la regla de exclusión al no estar comprobado empíricamente que la misma tenga realmente la eficacia disuasoria de conductas violatorias de derechos fundamentales que se le atribuye. Es cierto que con este fundamento se produce, como efecto indirecto, un reforzamiento de los derechos reconocidos en las enmiendas constitucionales, pero no es una exigencia constitucional sino que presenta un carácter subordinado o meramente instrumental, como apuntan Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, 77).

En coherencia con dicho fundamento el Tribunal Supremo Federal norteamericano ha descartado la aplicación de la propia regla de exclusión cuando las pue-

6. Sobre el significado y alcance de tales enmiendas véase Reed Amar, A. *The Constitution and Criminal Procedure*. Yale University Press, 1997, especialmente pág. 2 a 88.

7. Un análisis de la doctrina jurisprudencial norteamericana puede verse en Hairabedián, M. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002; Fidalgo Gallardo, C. «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». *Tribunales de Justicia*, 5, mayo 2003; Zapata García, M.F. *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2004.

bas se obtengan por particulares (caso *Burdeau vs. McDowell*, 256 US, 465, 1921) o por agentes policiales extranjeros fuera del territorio estadounidense (caso *US vs. Verdugo-Urquidez*, 494 US 259, 1990, que no aplicó la *exclusionary rule* al tratarse de pruebas obtenidas por la policía mexicana en territorio de México) o, finalmente, cuando la policía hubiera actuado de buena fe (*good faith exception*).

Siendo este su fundamento en el modelo norteamericano, si la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento está situación aún no se ha producido.

1.3.2 Modelo europeo-continental

El segundo de los modelos justificativos, característico de los sistemas europeo-continentales, al menos en sus orígenes, reconoce en la regla de exclusión un componente no sólo ético sino de origen constitucional. El propio reconocimiento del Estado de derecho, según la concepción del profesor Ferrajoli (1995, 537 y ss.), caracterizado por la funcionalización de todos los poderes públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales y la consagración constitucional de estos últimos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.

El Tribunal Constitucional italiano se situó en este contexto justificativo declarando que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales garantizados a los ciudadanos eran una *prove incostituzionali*.⁸

Por su parte, la *teoría del entorno jurídico* elaborada por el Tribunal Supremo Federal alemán puede considerarse como un exponente de este segundo modelo. Según nos enseña el profesor Roxin (2000a), cuando se lesionen prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valoración de los resultados probatorios obtenidos, depende de si la lesión afecta de forma esencial al ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. No obstante, esta doctrina no está exenta de críticas por amplios sectores doctrinales pues la distinción entre afectación *esencial* y *accesoria* de la esfera jurídica no posibilita la fijación, en sede de revisión casacional, de un criterio de delimitación razonable produciendo, a veces, resultados contradictorios (Gössel, 2002, 85).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán elaboró la *teoría de los tres círculos o esferas* en atención al grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad garantizados en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la ley fundamental alemana. Con arreglo a dicha doctrina se reconoce un núcleo o ámbito

8. *Vid.* SSTC 34/1973 y 81/1993. Asimismo, en la doctrina *vid.* Mainardis, C. «L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali». *Quaderni Costituzionali*, núm. 2/2000, pág. 371 y ss.

esencial de protección jurídica de la esfera privada (privacidad personal) inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. En la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional. Entre los criterios que la jurisprudencia alemana maneja en este ámbito adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. Por último, en la tercera esfera las intervenciones estatales se admitirían ilimitadamente al no existir, en realidad, afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, esta delimitación en esferas o círculos, según exponen en la doctrina alemana Roxin (2000b) y Jäger (2003), no está exenta de dificultades en su aplicación práctica acerca de lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, como lo demuestra el análisis de la casuística jurisprudencial alemana.

Dentro de este segundo modelo justificativo se situó la STC español 114/1984, dictada con anterioridad al actual art. 11.1 LOPJ,⁹ al configurar, en sus orígenes, la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Según dicha sentencia 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 partes (art. 24.2 y 14 CE). Su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables (FJ 4).

Partiendo de este anclaje constitucional debería resultar indiferente, a diferencia de los modelos basados en el *deterrent effect*, si la prueba fue obtenida por una autoridad o por un particular e incluso si la autoridad o sus agentes actuaron de buena fe, en la creencia de no estar vulnerando un derecho fundamental. En esta línea se pronunciaba la mencionada STC 114/1984 cuando proclamaba «la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección I, capítulo II, título I CE» (FJ 4).

En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de *desconstitucionalización* plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las *necesidades de disuasión* limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana. En la actualidad, entre los facto-

9. Dicho precepto legal establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

res a tener en cuenta para aplicar o no una prohibición de valoración probatoria el TC menciona la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación del derecho fundamental así como la propia entidad objetiva de dicha vulneración, como veremos más adelante. Significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones realizadas en la STC 81/1998 (FJ 6), que instauró la conocida como doctrina de la *conexión de antijuridicidad*, al concluir 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».

Como advierte Rodríguez Ruiz (1999), este planteamiento nos recuerda a la jurisprudencia norteamericana al atender 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 fundamentales. El *deterrent effect* adquiere, en la actualidad, un papel central en la justificación aplicativa de la regla de exclusión por parte del TC español.

Al hilo de la creación de la mencionada doctrina de la *conexión de antijuridicidad* el TC español ha venido admitiendo excepciones que, como se desarrolla más adelante, alcanzan no solo a la eficacia refleja de la prueba ilícita sino a la propia aplicación directa de la regla de exclusión. Exponente de esta nueva línea argumentativa fue la STC 49/1999 en 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, introdujo un matiz novedoso de gran alcance, al añadir que «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, *en ocasiones*, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Una lectura atenta de dicho párrafo, con la mención del término *en ocasiones*, permite darnos cuenta que para el TC español no siempre que exista una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal será la prohibición de admisión y de valoración. En otras palabras, la regla de exclusión en cuanto a su eficacia directa deja de tener un carácter absoluto.

Como hemos tratado de demostrar, el debate acerca del fundamento de la regla de exclusión no es baladí ni accesorio sino que presenta una importancia crucial dentro de la doctrina sobre la prueba ilícita, pues condiciona su propia naturaleza así como su alcance y efectos. En los últimos tiempos hemos visto como el TC español se ha ido desmarcando de su inicial línea argumentativa para ir asumiendo paulatinamente la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo Federal norteamericano sobre la finalidad disuasoria de la regla de exclusión con las inevitables consecuencias que derivan de este nuevo planteamiento, como son la limitación no sólo de la eficacia refleja de la prueba ilícita sino de su propia eficacia directa cuando la misma pueda ser calificada de «remedio excesivo». La regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico para convertirse en un simple *reme-*

dio judicial que puede dejar de aplicarse cuando las necesidades de tutela de los derechos fundamentales sustantivos no lo exijan. Las dificultades de aplicación práctica de esta doctrina son evidentes, en línea con las dificultades de delimitación que denuncia la doctrina alemana en relación con la teoría constitucional de las *tres esferas o círculos*.

En conclusión, el cambio de orientación del TC español en cuanto al fundamento de la regla de exclusión ha servido para ampliar el número de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, como se desarrolla a continuación.

2. EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.1 LA PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN Y DE VALORACIÓN

La prueba ilícita, en el sentido aquí expuesto, esto es, en cuanto obtenida y/o practicada con vulneración de los derechos fundamentales, conlleva su *inutilizabilidad*¹⁰ procesal, esto es, la prohibición de su admisión así como de su valoración por el Tribunal sentenciador. A diferencia de la prueba irregular, la prueba ilícita no es susceptible de convalidación o subsanación. Aunque, como hemos visto, en algunos ordenamientos jurídicos estas prohibiciones no presentan un carácter absoluto y admiten excepciones.

El control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en sede de admisión de las pruebas. Corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de *infundada*, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurran otras pruebas lícitas independientes.

Un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita (Miranda, 2004, 109 y ss.).¹¹

No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas.

10. Sobre el origen de dicho término véase Miranda, 2004, pág. 94.

11. Los efectos psicológicos son la eventual incidencia que una prueba ilícita puede tener en la convicción fáctica del tribunal enjuiciador.

2.2 LA DENOMINADA EFICACIA REFLEJA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Otra de las cuestiones más problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*).¹² Así, en el caso *Silverthorne Lumber Co vs. US* (251 US 385, 1920), referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables. También en el caso *Brown vs. Illinois* (422 US 590, 1975), en un supuesto en que el acusado fue detenido ilegalmente, aunque se le informó de su derecho a mantener silencio conforme a lo dispuesto en la Enmienda V (las conocidas reglas Miranda),¹³ se estimó que la exclusión alcanzaba también a las confesiones realizadas por el imputado durante su detención, pues existía una evidente conexión entre dicha detención y las confesiones posteriores, sin que el hecho de que fuera informado de su derecho al silencio tuviera la virtualidad suficiente para romper dicho conexión causal.¹⁴

La eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente, tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.¹⁵

En España la regla de exclusión plasmada en el mencionado art. 11.1 LOPJ, recoge dicha eficacia refleja cuando afirma que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales». Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término *indirectamente* empleado en el precepto implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁶ No obstante, aunque la ley no utilizara este término *indirectamente*, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la aplicación de la regla de exclusión. Así lo reconoció en un primer momento el propio TC español en el ámbito de las intervenciones telefónicas.¹⁷

Como declaran en la doctrina española Díaz Cabiale y Martín Morales (2001, 71):

12. Caso *Nardone vs US* (302 US 379, 1939).

13. *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966).

14. No obstante esta sentencia consagró la excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine* o *purged taint*), a la que luego nos referiremos.

15. El Tribunal Supremo español alude de forma gráfica al *efecto dominó*: STS (Sala Segunda) 6 de octubre de 1999.

16. En este sentido se pronuncian, entre otros, Asencio Mellado (1989, 88-89) y Fernández Entralgo (1996, 170).

17. *Vid.* STC núm. 85/1994, de 14 de marzo.

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; ...no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos.

3. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

3.1 LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA ACTUACIÓN POLICIAL

Dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal norteamericano. Así, se aplicó en el caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984), en un supuesto en que la policía efectuó un allanamiento (registro domiciliario) basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente un Tribunal superior concluyó que se había violado la IV Enmienda pues había sido emitido sin concurrir *causa probable*. A pesar de ello, la Corte Suprema permitió la presentación de tales pruebas obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de *buena fe*, en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal, por lo que no podía predicarse una finalidad disuasoria de su exclusión. Como se argumentó en dicha sentencia, 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 (*deterrent effect*). La regla de exclusión carece, en estos casos, de eficacia disuasoria.

También se ha aplicado dicha excepción en un supuesto en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional (caso *Michigan vs. De Filippo*, 443 US 31, 1979).

Como puede observarse, la excepción de la buena fe funciona en la práctica neutralizando la aplicación de la propia regla de exclusión, amparando la utilización en el proceso penal de pruebas que en realidad, y eso nadie lo discute, fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una verdadera excepción a la aplicación directa de la propia regla de exclusión.

Dicha excepción ha sido acogida en la STC 22/2003, en donde aun reconociendo que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) admitió la valoración de su resultado en el proceso, sin aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, al no apreciarse dolo ni culpa en la actuación de los agentes policiales actuantes, quienes en todo momento «creyeron estar actuando conforme a la Constitución» (FJ 10). La sentencia califica, en este caso, a la aplicación de la regla de exclusión de «remedio impertinente y excesivo», lo que nos recuerda sobremanera la concepción de remedio judicial de la *exclusionary rule* elaborada por la jurisprudencia norteamericana a la que antes nos hemos referido.

La mencionada STC español núm. 22/2003 analizó un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido, con el consentimiento exclusivo de la esposa, a su vez denunciante (se trataba de una denuncia por violencia de género), 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 8 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 art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

El punto de inflexión de la sentencia se sitúa en las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues el TC español, lejos de aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, acabó admitiendo el aprovechamiento probatorio del hallazgo del arma de fuego, desestimando la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El núcleo central de esta nueva doctrina se encuentra en el FJ 10, 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 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*¹⁸ 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»; [...] «la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente.

Como puede apreciarse, 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 pronunció el magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en su voto particular a la referida STC 22/2003, quien advertía que hasta este momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido a su respecto excepción alguna. Razona dicho magistrado 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 gravedad 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...

3.2 EXCEPCIONES A LA EFICACIA REFLEJA

A pesar de su formulación inicial, pronto la jurisprudencia norteamericana admitió algunas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, que se han ido reconociendo también en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos, como manifestación de un fenómeno de progresiva *norteamericanización* de la regla de exclusión (Miranda, 2003, 54).

Son fundamentalmente tres las excepciones a la eficacia refleja formuladas por la jurisprudencia norteamericana, como se desarrolla a continuación.

18. La cursiva es del autor.

3.2.1 La excepción de la fuente independiente¹⁹

En realidad no nos encontramos ante una verdadera excepción, sino que su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del alcance de la regla de exclusión. Obviamente si la prueba utilizada no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumple el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de eficacia refleja. Para poder apreciar dicha excepción será necesario que exista, por tanto, una verdadera *desconexión causal* entre la prueba ilícita original y la prueba derivada.

Entendida en estos términos, no opera, en realidad, como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita, sino que representa su faceta negativa al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la derivada.

Como veremos, el problema surge cuando se califica como «prueba independiente» a aquella que realmente no tiene este carácter pues aparece *vinculada* con una inicial actividad probatoria ilícita. En estos casos actúa como una verdadera excepción mediante la ampliación de su campo de operatividad.

Dicha excepción se aplicó, por ejemplo, en el caso *Segura vs. US* (468 US 796, 1984), en un supuesto relacionado con la investigación de un delito de tráfico de drogas, en donde la policía entró en un domicilio sin mandamiento judicial, procediendo a la detención de los ocupantes y permaneciendo en el lugar durante varias horas hasta que se obtuvo el preceptivo mandamiento. Dicha autorización judicial se obtuvo gracias a los datos indiciarios existentes antes del registro ilegal, por lo que solo se excluyó como fuente de prueba aquellos elementos que se había encontrado con la entrada inicial, a la vez que se admitió lo descubierto tras ejecutarse el mandamiento de entrada válido.²⁰

En el caso *Bynum vs. US*, de 1960, se aplicó también esta doctrina en un supuesto en donde se excluyeron las huellas dactilares de un sospechoso tras una detención ilegal, pues se carecía de indicios suficientes. En el momento de la detención se le tomaron las huellas dactilares que tras la oportuna prueba pericial coincidían con las tomadas en el lugar del robo. No obstante, esta prueba pericial se consideró ilícita por derivar directamente de la detención ilegal que se había practicado sin tener *causa razonable*. A pesar de ello la policía presentó con posterioridad una nueva prueba pericial dactilar coincidente con las huellas dactilares halladas en el lugar del robo, pero sobre la base de las huellas antiguas de Bynum que se encontraban en los archivos del FBI y que no tenían conexión con las recogidas tras la detención ilegal. El Tribunal Supremo federal norteamericano aceptó esta nueva prueba pericial al considerarla *independiente* y no relacionada con el arresto ilegal.

En mi opinión, difícilmente podemos admitir en este último caso que se trate de un supuesto de fuente de prueba independiente, en el sentido restringido

19. *Independent source doctrine*.

20. También caso *Murray vs. US*, 487 US. 533 (1988).

que defendemos, pues resulta evidente la relación causal directa entre ambos tipos de pruebas.

Vemos como la doctrina de la fuente independiente acaba operando en la práctica como una verdadera *fuentes* de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión, mediante una ampliación desmesurada del concepto de «prueba independiente». La independencia ya no se predica sólo de los casos en que exista una desconexión causal sino, también, de aquellos supuestos en que aún constatándose una relación causal (causa-efecto) entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse de *prueba jurídicamente independiente*. Recientemente el TC español ha incluido entre los criterios para calificar a una prueba como «jurídicamente independiente» el factor temporal, esto es, el largo periodo de tiempo transcurrido entre una prueba y otra.²¹

3.2.2 La excepción del descubrimiento inevitable

En su formulación norteamericana,²² según dicha excepción no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta *inevitablemente* por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida. Dicha excepción se apreció, como modalidad de la excepción de la fuente independiente, en el caso *Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984). Resumidamente los hechos analizados eran los siguientes: durante un interrogatorio ilegal el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver. El Tribunal Supremo Federal norteamericano admitió el resultado de la confesión inconstitucional sobre la base de que, aunque ésta no se hubiera producido, el cuerpo de la víctima habría sido inevitablemente encontrado con tan sólo una pocas horas de diferencia durante la batida policial que estaba teniendo lugar en la zona.²³

No obstante, como pone de manifiesto un sector de la propia doctrina norteamericana, el efecto de aceleramiento de los resultados de la investigación en que se basa dicha excepción, parte de una hipótesis que, en definitiva, no se corresponde con los hechos realmente acontecidos. Salas Calero (2002, 386 y ss.) nos dice que 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

21. *Vid.* STC 66/2009, FJ 5, en un caso de intervenciones telefónicas ilícitas y posterior entrada y registro domiciliario practicado lícitamente.

22. *Inevitable discovery* o *Hypothetical independent source doctrine*.

23. Esta doctrina se aplicó también en el caso *Oregón vs. Elstad*, 470 US 298 (1985).

resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original. Esto es, como mecanismo de restricción en la aplicación de dicha excepción, se exige la demostración fehaciente, por parte de las acusaciones, de la *inevitabilidad* del descubrimiento, esto es, que la prueba obtenida como resultado de una violación inconstitucional hubiera sido descubierta por medios lícitos e *independientes* de la conducta ilícita original.

Aunque no podemos negar, desde un posicionamiento crítico, que el criterio de *inevitabilidad* contiene una alta dosis de indefinición que hace que dicha excepción se presente en términos excesivamente porosos y ambiguos con los *inevitables* riesgos intrínsecos que ello conlleva para el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Nuestro TS (Sala Segunda) ha reconocido dicha excepción en la STS 4 de julio de 1997,²⁴ aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*. En su FJ 4 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 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*,²⁵ como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, ...la limitación del «descubrimiento inevitable» debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de «buena fe», para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...

24. Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón.

25. La cursiva es del autor.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en 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 (Velasco Núñez, 1996).²⁶

3.2.3 La excepción del nexo causal atenuado²⁷

Esta excepción es, en realidad, una variante de la excepción de la fuente independiente que ya hemos expuesto. Se apreció, por primera vez, en el caso *Wong Sun vs. US* (371 US 471, 1963). Se trataba de un supuesto en que se había producido una entrada ilegal en un domicilio que motivó la detención de una persona (A); ésta en su declaración acusó a otra persona (B) de haberle vendido la droga ocupada. Como consecuencia de esta declaración se procedió a la detención de B, incautándose una determinada cantidad de droga, implicando en su declaración a un tercero (C), que también fue detenido fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C se personó voluntariamente en las dependencias policiales efectuando una confesión *voluntaria* y con previa información de sus derechos ante los agentes policiales que le interrogaron. El Tribunal rechazó todas las pruebas menos esta última confesión, aun reconociendo que si no hubiera existido la inicial entrada ilegal probablemente no se hubiera producido, pero destacó la *voluntariedad* de dicha confesión y el que se le hubiera advertido previamente de sus derechos, lo que a juicio del Tribunal Supremo norteamericano introducía un acto *independiente* sanador que rompía la cadena causal con la vulneración inicial.

Para la Corte Suprema Federal norteamericana son varios los criterios que permiten determinar la atenuación de la relación causal, entre los que destaca el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita derivada, la gravedad de la violación originaria y el elemento de voluntariedad que debe predicarse de las confesiones practicadas con todas las garantías (caso *US vs. Ceccolini*, 435 US 268, 1978).

Como puede observarse, esta excepción no niega la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada, pero el mismo se presenta tan debilitado —atenuado— que autoriza la utilización en el proceso de la prueba derivada.

La STC 86/1995 aparece inspirada en esta excepción al atribuir a la *confesión*

26. Velasco Núñez pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad de la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

27. *Attenuated connection doctrine* o *Purged taint*.

voluntaria del acusado, ante el juez de instrucción²⁸ 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 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...

Según esta doctrina, es 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 4).

En mi opinión, 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 inicial prueba ilícita.

Dicha 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 el magistrado Carmona Ruano (1996, 95 y ss.), evidenciando que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria.²⁹ Como apunta Andrés Ibáñez (1993, 240) la confesión así obtenida también sería ilícita pues no 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 nor-

28. 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 art. 775 LECr, según redacción dada por la Ley 38/2002.

29. En esta misma línea crítica, véase Fernández Entralgo (1996, 185-187); también Miranda (2004, 116-117).

malmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal.

Según esta doctrina, 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 una plena virtualidad probatoria. Como advertía el también magistrado Jorge Barreiro (1993, 1.237), 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...

3.3 LA DENOMINADA DOCTRINA DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Dicha doctrina tiene su origen en la STC 81/1998 según la cual 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).³⁰

La mencionada STC 81/1998 declara, en su FJ 4, que:

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad 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,

30. Vid. también SSTC 171/1999; 8/2000; 28/2002; 184/2003; 259/2005; 127/2009.

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).³¹

Desde el plano teórico, la doctrina de la conexión de antijuridicidad trata de ofrecer criterios de decisión a los Jueces y Tribunales ordinarios para que ponderen y se pronuncien sobre la extensión de la prohibición de valoración de la prueba ilícita originaria a las pruebas lícitas derivadas. Para ello ya no será suficiente con constatar, simplemente, una relación de causalidad entre unas y otras sino que resulta imprescindible, además, comprobar la existencia de una «conexión de antijuridicidad» entre ambas con arreglo a los criterios que fija el propio TC. No obstante, en la práctica dicha doctrina actúa como una suerte de mecanismo justificativo de carácter *abierto* y *permeable* que posibilita el acceso a nuestro ordenamiento jurídico de excepciones tanto a la eficacia refleja de la prueba ilícita como a su eficacia directa.

Bajo la cobertura de dicha doctrina se viene admitiendo que la confesión voluntaria del acusado, practicada previa información de derechos y con todas las garantías, tiene la virtualidad suficiente para convalidar los hallazgos obtenidos fruto de una actuación violatoria de los derechos fundamentales, calificándola de *prueba jurídicamente independiente*.³² Para la doctrina del TC español la confesión voluntaria del acusado permite dar por rota *jurídicamente* cualquier conexión causal con el acto inicial ilícito.

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

31. 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.

32. *Vid.* SSTC 86/1995; 239/1999; 161/1999; 8/2000; 136/2006; 49/2007.

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido la del *descubrimiento probablemente independiente*. La utilización del término *probablemente* ya nos indica el carácter excesivamente abierto de su formulación. Esta excepción se aplicó por primera vez en la mencionada STC 81/1998 al estimarse que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato «neutro», pues no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga en poder del acusado (FJ 5). Dicha excepción se aplicó, también, en las SSTC 171/1999 y 238/1999. Esta construcción produce, *de facto*, una reducción del estándar de *inevitabilidad* exigido en la excepción norteamericana del *inevitable discovery*, que obliga a las acusaciones a acreditar de forma fehaciente que la prueba se hubiera obtenido necesariamente aun cuando la inicial ilicitud no hubiera tenido lugar. Por tanto, el estándar de *inevitabilidad* se sustituye por el menos exigente de *probabilidad*, ampliándose de esta forma el campo de aplicación de la excepción y reduciéndose, correlativamente, el ámbito de operatividad de la regla de exclusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1993) «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». Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 240.
- ASENCIO MELLADO, J.M. (1989) *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- CARMONA RUANO, M. (1996) «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?». *Jueces para la Democracia*, núm. 25, julio, pág. 95 y ss.
- DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, R. (2001) *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (1996) «Las reglas del juego. Prohibido de hacer trampas; la prueba ilegítimamente obtenida». En: *La prueba en el proceso penal (II)*. «Cuadernos de Derecho Judicial». Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 170.
- FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, pág. 537 y ss.
- FIDALGO GALLARDO, C. (2003) «La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América». *Tribunales de Justicia*, 5, mayo.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2005) «¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita». *Jueces para la Democracia*, núm. 52, marzo, pág. 82.
- GÖSSEL, K.-H. (2002) *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*. México: Porrúa.

- JÄGER, C. (2003) *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido Editor, pág. 93 y ss.
- JORGE BARREIRO, A. (1993) «La prueba ilícita en el proceso penal». En: *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II (1992). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 1.237.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2003) «La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación». *Revista Jueces para la Democracia*, 47, julio, pág. 54.
- (2004) *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch.
- (2007) «La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. *Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm. 1, p. 36 y ss.
- ROXIN, C. (2000a) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pág. 192 y ss.
- (2000b) *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 145 y ss.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (1999) «El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, pág. 332.
- SALAS CALERO, L. (2002) «Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos». *Revista Poder Judicial*, 66, pág. 386 y ss.
- VELASCO NUÑEZ, E. (1996) «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)». *Revista General de Derecho*, núm. 624, septiembre, pág. 10164-10165.
- WALTER, G. (1985) *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, pág. 315 y ss.