

TESIS DOCTORAL

**LA *EXCLUSIONARY RULE* DE EE.UU. Y LA
PRUEBA ILÍCITA PENAL DE ESPAÑA. PERFILES
JURISPRUDENCIALES COMPARATIVOS.**

AUTOR: JOSÉ MANUEL ALCAIDE GONZÁLEZ

DIRECTORA: DRA. MARÍA DEL CARMEN NAVARRO VILLANUEVA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO- ÁREA DE DERECHO
PROCESAL

UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA

2012

ÍNDICE

	<u>Página.</u>
INTRODUCCIÓN.....	14
I. Objetivos.....	14
II. Justificación de la investigación y relevancia.....	16
III. Descripción del proceso de investigación partiendo de las motivaciones y planteamientos iniciales.....	21
IV. Metodología y técnicas utilizadas.....	24
Estructura del trabajo.....	32
 CAPITULO PRIMERO.	
LA EVOLUCIÓN DE LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i> " EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA DESDE SUS ORÍGENES (1886) HASTA LA ACTUALIDAD. EXCEPCIONES Y DECADENCIA DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL	35
I. EL MARCO HISTÓRICO- CONSTITUCIONAL AMERICANO.....	35
1. Particularidades del texto constitucional norteamericano.....	41
2. La ausencia constitucional del derecho a la Privacidad.....	42
II. EL SISTEMA JURÍDICO Y JUDICIAL PENAL NORTEAMERICANO... ..	45

III. PRECEDENTES, CONCEPTOS Y CUESTIONES GENERALES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	51
1. Valor e importancia de la regla de exclusión.....	52
2. Jurisprudencia y creación del derecho.....	53
3. Definición de la “ <i>exclusionary rule</i> ”.....	55
4. Perspectiva histórica de la <i>exclusionary rule</i> en la jurisprudencia norteamericana.....	57
5. Influencia de la regla de exclusión en el sistema penal.....	66
6. El recurso de certiorari	74
7. Uso de pruebas obtenidas ilícitamente en otros procesos.....	76
IV. EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL: CREACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	78
A. EXCLUSIONARY RULE Y LA CUARTA ENMIENDA.....	78
1. Primer precedente del Tribunal Supremo Federal sobre la doctrina de los “frutos del árbol envenenado.”.....	78
2. Primer supuesto de intervenciones telefónicas en la historia del Tribunal Supremo de EE.UU.	81
3. Intervenciones telefónicas y cambio de criterio en 1967 del Tribunal Supremo Federal	89
4. Matices y restricciones a la regla de exclusión en el ámbito Cuarta Enmienda	92
B. DOS CASOS DE PENA DE MUERTE EN EL ÁMBITO DE LA XIV ENMIENDA. LA REALIDAD DE UN QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	98

C. EXCLUSIONARY RULE Y LA QUINTA ENMIENDA.....	103
1. La <i>exclusionary rule</i> y los derechos de los detenidos y acusados: evolución de la jurisprudencia hasta los casos <i>Escobedo v. Illinois</i> -1964- y <i>Miranda v. Arizona</i> .(1966).....	103
2. Las advertencias de <i>Miranda</i> . Primera regulación de los Derechos de los detenidos. Análisis del caso <i>Miranda v. Arizona</i> (1966). Sentencia histórica y paradigma del Derecho judicial norteamericano.....	109
3. El derecho fundamental a “ <i>no declarar contra sí mismo en un proceso criminal</i> ”.....	110
4. Nuevos matices de los <i>Miranda Rights</i> por el Federal Supreme Court. El caso <i>Dickerson</i>	113
5. Amplitud de la V Enmienda. Su teórica aplicación a las personas indocumentadas.....	115
6. Alcance de la garantía procesal y naturaleza. No declarar contra sí mismo. Naturaleza jurídica.....	119
7. Modificaciones recientes de la Ley <i>Miranda</i> .(2010) La realidad actual de una restricción anunciada.....	123
V. LIMITACIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN.....	127
A. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES A “LA EXCLUSIONARY RULE”. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE EE.UU.....	127
1. Los límites a la regla de exclusión.....	127
2. Excepciones más destacadas a la regla exclusión.....	128
3. La regla de la legitimación procesal - <i>standing</i> -.....	128
4. Los frutos de la conducta anticonstitucional y aplicación a las pruebas derivadas. Doctrina de los frutos del árbol envenenado.....	136

B. NUEVAS EXCEPCIONES EN EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PRIMARIAS Y DERIVADAS.....	141
C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INEVITABILIDAD DEL DESCUBRIMIENTO.....	147
D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL. MENCIÓN ESPECIAL DE LAS ÓRDENES JUDICIALES.	150
149	
1. Introducción. Órdenes de detención y registro.....	150
2. Doctrina jurisprudencial predecesora de la “buena fe”.....	153
3. Expansión jurisprudencial de la “ <i>doctrina de la buena fe</i> ”.....	158
4. Casuística jurisprudencial de la doctrina de la “buena fe”.....	163
E. DISCREPANCIAS ENTRE EL CONGRESO Y EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL	166
F. LA EXCEPCIÓN DE LA FALTA DE CREDIBILIDAD DE UN TESTIGO EN UN JUICIO.	168
VI. DECADENCIA DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i>	171
1. Retroceso de la <i>exclusionary rule</i> en los mandatos presidenciales de Nixon y Reagan.....	171
2. <i>Exclusionary rule Reform Act</i> - y el Congreso de los EEUU.....	174
3. Tras los acontecimientos del 11-Septiembre 2001.....	176

VII. UNA PERSPECTIVA ACTUAL DE LA <i>EXCLUSIONARY RULE</i> EN EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE EEUU.....	178
1. Antecedentes históricos jurisprudenciales.	178
2. El crepúsculo de la prueba ilícita penal en el derecho norteamericano. <i>Caso Hudson vs. Michigan 2006</i>	181
3. La <i>exclusionary rule</i> y las normas estatales en las detenciones de la policía.	183
4. Error y negligencia de los Tribunales. Aplicación de la excepción de la buena fe a la regla de exclusión.	189
5. Observación actual crítica sobre la excepción de la buena fe en EEUU. Un árbol con frutos sanos pero con raíces “perniciosas”.....	194
6. El modelo de Jurisprudencia Federal. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, síntesis y desarrollo doctrinal de la prueba ilícita. El catálogo de excepciones.....	202

CAPÍTULO SEGUNDO.

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.....	213
---	-----

I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	213
II. INTRODUCCIÓN DE LA PRUEBA PENAL PROHIBIDA. DOCTRINA 216	
A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	219
B. LA PRUEBA DE VALORACIÓN PROHIBIDA.....	224

1. Introducción.....	224
2. Supuestos principales.....	227
C. EFECTOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA. TEORÍA DIRECTA Y REFLEJA	228
D. LA FASE PROCESAL DE PRUEBA ILÍCITA.....	232
III. OTROS CRITERIOS DOCTRINALES DE LA PRUEBA ILÍCITA. CLASIFICACIONES Y REFERENCIAS DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA.....	238
1. Introducción doctrinal.....	238
2. Pruebas ilícitas o inconstitucionales.....	249
3. Garantías jurídicas y Seguridad Colectiva.....	254
4. Obtención e incorporación de pruebas.....	257
5. Derechos que pueden ser vulnerados.....	260
IV. EXAMEN DE LA NORMA LEGAL EXPRESA. EL ART. 11.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. DIVERSOS CRITERIOS DOCTRINALES.....	263
1. Obtención.....	263
2. Clasificación.....	266
3. Criterios de la expresión de “no surtirán efecto”.....	268
4. El enunciado directa o indirectamente.....	273
V. PRUEBA CONTAMINADA Y PRUEBA DESCONECTADA.....	275
VI. EL DIFERENTE RÉGIMEN DE NULIDADES DE LOS ARTÍCULOS 11.1 y 238.3 LOPJ.....	281

VII. PRUEBA DIRECTA Y PRUEBA REFLEJA O DERIVADA.....	286
VIII. EL DENOMINADO PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO.....	291
IX. LA GARANTÍA DE INADMISIÓN DE PRUEBAS DIRECTAS.....	294
X. LA GARANTÍA DE LA INADMISIÓN DE PRUEBAS DERIVADAS.....	298

CAPÍTULO TERCERO.

RECEPCIÓN, INSPIRACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA “EXCLUSIONARY RULE NORTEAMERICANA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA.....	301
---	-----

I. EL PROCESO GRADUAL DE LA INSTAURACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.....	301
--	-----

1. INTRODUCCIÓN.....	301
----------------------	-----

2. ORÍGENES CONSTITUCIONALES Y CREACIÓN JURISPRUDENCIAL. 306
--

3. LEGISLACIÓN Y PRUEBA ILÍCITA. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ. CONTENIDO DE LA NORMA Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.....	317
---	-----

4. LAS CONSECUENCIAS QUE PUEDEN OCASIONAR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA OBTENCIÓN DE LA FUENTE DE LA PRUEBA.....	324
---	-----

5. VERDAD Y PROCESO PENAL. EXTENSIÓN Y PRIMACÍA DEL INTERÉS SOCIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	327	
II. PROGRESO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. APLICACIÓN AL PROCESO PENAL ESPAÑOL. EVOLUCIÓN LEGAL INMEDIATA Y LAS PRIMEROS OSCILACIONES.....		331
1. Preludio y observaciones jurisprudenciales.....	331	
2. La excepción de prueba jurídicamente independiente.....	342	
3. La excepción del descubrimiento inevitable.....	345	
4. La excepción del hallazgo casual.....	350	
III. EL GIRO HACIA LA RESTRICCIÓN EN FORMA DE EXCEPCIONES. REDUCCIONISMO GARANTISTA Y ÚLTIMAS LIMITACIONES.....		356
1. Antecedentes.....	356	
2. La excepción de la conexión de antijuridicidad. Orígenes en EEUU.....	357	
3. La excepción de confesión voluntaria del inculpado.....	362	
3.1. Tesis Mayoritaria	377	
3.2. Tesis Minoritaria.....	379	
4. La excepción de buena fe. Jurisprudencia.....	381	
5. El futuro incierto e inseguro de la prueba prohibida.....	385	
IV. APARICIÓN Y REGRESIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....		389
1. Antecedentes doctrinales comparados.....	389	
2. Análisis y comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984. Primer precedente en la jurisprudencia española.....	395	

3. El efímero espacio de la expansión protecciónista de la prueba prohibida. La Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1994 de 14 de marzo de 1994.....	403
4. La regresión de la doctrina jurisprudencial. La sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995 de 6 de junio.....	414
V. EXCEPCIONES A LA PRUEBA DIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. EL INFLUJO NORTEAMERICANO.....	421
1. Admisión de pruebas ilícitas en el Tribunal Constitucional: La Buena fe y la confesión voluntaria	421
VI. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA REFLEJA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	427
1. La teoría de la fuente independiente.....	427
2. La excepción o teoría del descubrimiento inevitable	437
2.1 Tribunal Supremo de España. Sentencia 4 de julio de 1997.	440
2.2. Tribunal Supremo de España. Sentencia de 6 de julio de 2009.	441
3. El nexo causal atenuado.....	446
4. La clausura jurisprudencial de la prueba refleja y la decadencia en España de la prueba ilícita. La doctrina de la “ <i>conexión de antijuridicidad.</i> ”.....	447
5. La excepción del “ <i>hallazgo casual</i> ” en la jurisprudencia española.....	464
VII. DIFERENCIAS DEL SISTEMA JUDICIAL EN AMBOS ORDENAMIENTOS.....	475
1. Cuestiones previas.....	475
2. Cómo se justifica la exclusión en el régimen judicial norteamericano.....	477
3. Los límites o excepciones de la regla de exclusión en EEUU.....	482

3.1. Supuestos de contaminación atenuada (<i>purge tainted</i>).....	483
3.2. Inevitable Discovery.....	484
3.3. Good faith exception.....	484
VIII. INFLUENCIA AMERICANA Y APLICACIÓN PROGRESIVA EN ESPAÑA.....	485
1. El principio de exclusión en el ordenamiento jurídico español.....	486
2. La perspectiva de la imputación.....	486
3. La perspectiva de la necesidad de tutela del derecho fundamental.....	489
4. El principio de exclusión en la jurisprudencia constitucional española.....	491
5. Principio de exclusión y prueba refleja.....	493
IX. CRITERIOS Y TESIS DIFERENTES EN LA DOCTRINA DE LA PRUEBA ILÍCITA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	496
1. Conexión de antijuridicidad y confesión del acusado. el art. 11.1. LOPJ. Reseñas de derecho norteamericano.....	497
1.1. Razones en las disidencias a la doctrina de la conexión de antijuridicidad.....	499
1.2. Referencia a la doctrina norteamericana. Defensa de los derechos fundamentales.....	501
1.3. Confesión autoinculpatoria e ilegitimidad constitucional.....	503
1.4. El artículo 11.1 de la LOPJ y crítica razonable de la conexión de antijuridicidad.....	505
1.5. Segundo Voto particular.....	507
2. La valoración de declaraciones autoinculpatorias del acusado derivadas de un registro nulo.....	511

3. Un paradigma del criterio garantista en el Tribunal Supremo de España. Aplicación de la conexión de antijuridicidad y de la ineeficacia de las pruebas en base a las previsiones del art. 11.1LOPJ.....	515
--	-----

CAPÍTULO CUARTO.

EL DECLIVE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL. EE.UU. Y ESPAÑA. RECAPITULATORIO, A MODO DE CONCLUSIÓN.....	522
I. Antecedentes constitucionales y origen de la regla de la exclusión... ..	522
II. La <i>Exclusionary rule</i> o regla de exclusión en la Jurisprudencia de EE.UU.....	525
III. La Prueba ilícita en la Jurisprudencia de España.....	530
IV. Excepciones o limitaciones a la Regla de exclusión en EEUU y España Influencia recibida en le derecho español del sistema jurisprudencial norteamericano.....	538
1. La teoría de la fuente independiente.....	539
2. La teoría del hallazgo inevitable.....	540
3. La teoría del nexo causal atenuado.....	541
4. Excepciones a la prueba directa.....	542
CONCLUSIONES.....	546
ABREVIATURAS.....	555
BIBLIOGRAFÍA.....	557
SENTENCIAS CITADAS DE EE.UU.....	571
SENTENCIAS CITADAS DE ESPAÑA.....	574

INTRODUCCIÓN

I. Objetivos

La investigación jurídica del presente trabajo se halla encaminada al estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita o prueba inconstitucional de España con su homóloga de los EE.UU. denominada *exclusionary rule* o regla de exclusión. En su planteamiento inicial había que tener presente una distintiva premisa básica, dadas las considerables diferencias que median entre ambas culturas jurídicas. En términos generales *a priori* una posible comparación de una institución procesal del derecho de los países del *Common Law*, como es el caso de EE.UU. y el Derecho propio del sistema continental, Romano–Germánico, en nuestro caso de España, me parecía insalvable aunque los expresados contrastes pueden ser obviados o atenuados si tenemos en cuenta la consideración de que en ambos sistemas existen principios doctrinales, característicos de la dogmática jurídica, auténticas Constituciones democráticas, con derechos fundamentales o Enmiendas y todo ello potencialmente refrendado por el acercamiento de las culturas, la supresión de fronteras y la globalización.

La regla de exclusión o *exclusionary rule* me resulta una materia muy atrayente, en especial por el hecho de tener que remontarse a unos orígenes decimonónicos en EE.UU. en contraste con lo sucedido en España unos cien años después inspirándose en la Jurisprudencia americana.

El derecho procesal penal comparado y en su faceta de *la exclusionary rule* con su equivalente prueba ilícita, opino que en el campo de la práctica forense posee una trascendencia significativa y valiosa, puesto que el criterio de la doctrina legal a la sazón puede arrastrar unas consecuencias finales en el proceso penal, a todas luces insospechadas si se examinan otras instituciones procesales. Es evidente que en muchos supuestos se halla en juego la absolución o la condena, por lo menos en los primeros tiempos de esta doctrina jurídica. A partir de esta afirmación, entiendo que su importancia y tratamiento jurídico es relevante en el panorama judicial.

Por otro lado tanto la *exclusionary rule* americana como la prueba ilícita española, constituyen derecho positivo aunque resultan ajenas al Poder Legislativo, ya que son creación de la Jurisprudencia de los Tribunales que interpretan la Constitución, el Tribunal Supremo Federal en EEUU(US Supreme Court) y en España el Tribunal Constitucional. Se le puede denominar institución atribuida al Derecho Judicial.

Uno de los objetivos pretendidos gira en torno a demostrar que aún siendo tan dispares los sistemas jurídicos y judiciales de España y EEUU en sus orígenes, la original doctrina jurisprudencial de la regla de exclusión y sus limitaciones posteriores- excepciones- en realidad han calado e impregnado su doctrina y aplicación en los Tribunales de España(Tribunales Constitucional y Supremo).

Otro de los propósitos lo situamos en la tesis de que la evolución de la regla de exclusión hasta nuestros días puede hallarse próxima a su extinción,

por lo menos su variante y extensión de la prueba refleja; y su doctrina de los frutos del árbol envenenado, tanto en EEUU como en España.

II. Justificación de la elección del tema de investigación y relevancia

La razón y motivación para optar por este tema se remonta a unos años atrás. Acaeció en el año 1997 con ocasión de un encargo profesional inesperado. Fue necesario por las circunstancias de los hechos y las personas intervenientes recurrir a la entonces, en apogeo, doctrina de moda en el proceso penal, en este caso a la prueba ilícita y a los criterios jurisprudenciales vigentes a la sazón.

En realidad creo que podía ser considerada entonces una especie de “magia jurídica” pues cabía la posibilidad procesal de hacer desaparecer una prueba perceptible y convertirla en invisible de cara a su resultado probatorio final. Este fue el comienzo de mi interés por la institución procesal de la prueba ilícita penal, que con el paso de los años cada vez fue más visible, y me abordó e invadió la curiosidad científica de remontarme a sus orígenes más ancestrales y país de procedencia, en este caso los EEUU y el Tribunal Supremo Federal y su institución afín denominada *exclusionary rule*.

El asunto judicial que inspiró y motivó el presente trabajo se puede resumir del siguiente modo:

Tres agentes de policía tras un discreto dispositivo policial de control de los viajeros que se apeaban del mismo, presenciaron sobre las 9,00 del 25 de mayo de 1.996 a la llegada a la Estación de Autobuses de Barcelona de un

autocar procedente de Ámsterdam. Cuando se estaciona el autobús en su punto de destino, observaron a un viajero que se bajó en actitud vigilante mirando hacia los lados y en la bodega del autobús recogió una bolsa de color negro y una mochila.

Cuando se dirigía a tomar un taxi fue interceptado por los funcionarios de policía, le solicitaron su documentación e identifican como el acusado A), y como se mostró inquieto al ser abordado se le registró la bolsa de viaje que portaba. Se halló ropa y entre ella un neceser de color negro. Cuando le preguntan dijo que desconocía el contenido del neceser, que estaba cerrado con clave e ignoraba su combinación, y que se lo habían entregado en Ámsterdam para trasladarlo a Barcelona. La policía trasladada al viajero A) hasta Comisaría de Policía con el fin de comprobar allí el contenido del neceser.

Un policía abrió el neceser en la Comisaría forzando la tapa, y saltó el cierre, estando presente el acusado. Se detectaron dos bolsas de plástico transparente que contenían, según reveló el ulterior análisis una importante cantidad de sustancia estupefaciente, que resultó tras análisis ser éxtasis. Se procedió a la detención de A) ante el hallazgo de la sustancia, siendo ilustrado de los derechos inherentes a su condición de detenido. En ese instante de modo espontáneo mostró su deseo de colaborar con la policía para lograr la detención de la persona encargada de recoger la sustancia aprehendida.

Tras dar una descripción del acusado B) encargado de recoger el maletín que ese mismo día había quedado en el domicilio de A) en Barcelona situándose en el interior del portal de su vivienda en compañía de un policía, se presentó B)- que fue quien hizo el encargo de traer la droga de los Países

Bajos- y saluda al acusado A), quien le entrega la bolsa con el neceser y cuando fue a cogerla es detenido por el policía allí presente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho(Nº de Recurso: 401/1998) resolvió el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que había condenando a los dos acusados a elevadas penas de prisión. En cuanto a los apartados que puedan tener una relación directa con el trabajo de la prueba ilícita, respecto del acusado A), que transportó la droga desde Holanda, cuya defensa fue asumida por el autor de este trabajo, el Tribunal Supremo declaró:

- En referencia al primer motivo del recurso de casación: la vulneración del artículo 17.3 de la Constitución Española...” *la argumentación del recurrente es inaceptable por cuanto que el acusado no fue detenido en la referida estación de Autobuses, sino cuando en Comisaría fue abierto el "neceser", y encontrada la droga en su interior...”*
- Alegada vulneración del artículo 18.1 y 3 de la Constitución Española, en relación con los artículos 333, 334 y 569 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, dado que la apertura del "neceser" o maletín es análoga al registro domiciliario o a la apertura de un paquete postal, el Tribunal Supremo objeta que “*Una reiterada doctrina de esta Sala, ha declarado reiteradamente que no existe identidad, ni siquiera analogía entre la apertura del maletín y la de un paquete postal, y menos aún con las garantías judiciales prevista en la entrada y registro domiciliario*”

- Añade el Tribunal Supremo que es evidente que una mochila o neceser integrante del equipaje que un viajero lleva no puede considerarse equiparable a un "paquete postal";....el ámbito tutelador derivado de la intimidad y, en suma, de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución no alcanza a objetos o bienes distintos de los que en dicho precepto constitucional expresamente se citan (el domicilio y la correspondencia postal, telegráfica o telefónica).
- Los equipajes de los viajeros -maletas, bolsas, mochilas, etc..- no pueden ser equiparados a las comunicaciones postales, según ha sostenido ya esta Sala en su Sentencia de 28-12-94, a efectos de su protección frente a las injerencias de los agentes de la autoridad.
- Tras argumentar que en el caso debatido se dan todos los requisitos del principio de proporcionalidad, se nos da respuesta al motivo que denunciaba (art. 5.4 LOPJ.) la vulneración del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 CE. , por la nulidad de las pruebas obtenidas con la vulneración de los derechos constitucionales invocados y que no existe prueba de cargo que desvirtúe el principio constitucional ahora invocado. Se desestima, pues la presunción de inocencia solo se enerva con la existencia de prueba de cargo, suficiente y producida regularmente, con lo que, dicha presunción mantiene su eficacia ante la ausencia de prueba de cargo, o bien la absoluta ilegalidad de dicha prueba de cargo. Concluye el Tribunal Supremo declarando que las pruebas de cargo, fueron válidamente obtenidas por inexistencia de las vulneraciones alegadas.

- Como desenlace final de éste caso el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo no apreció las posibles pruebas ilícitas planteadas, aunque la Sala Segunda declaró que teniendo en cuenta el favorecimiento de la investigación de los hechos que la conducta colaboradora del recurrente determinó, es procedente apreciar en su conducta, la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica a la de arrepentimiento (Tribunal Supremo Sentencia 20 Octubre 1.997). En base a ello casa y anula la sentencia, dictando a continuación otra en la que se aprecia en la conducta del acusado A) , la concurrencia de la circunstancia analógica 6^a del artículo 21, en relación con la 4^a del mismo precepto, graduándose su penalidad conforme al artículo 66.2º todos del Código Penal, pronunciado una condena del acusado por un delito contra la salud pública con la concurrencia de la circunstancia analógica de arrepentimiento espontáneo a la pena de nueve años de prisión.

La temática de la tesis vendría justificada en primer lugar, y en su inspiración, en el caso precedente, especialmente porque consideré que tal y como se produjeron los hechos, conllevaría la aplicación de la prueba ilícita refleja, con un posible resultado y desenlace final de absolución. Entendía que se había vulnerado el derecho del recurrente a no autoincriminarse. No compartía las razones del Tribunal Supremo en relación al artículo 17.3 de la Constitución Española, al expresar que “*el acusado no fue detenido en la referida estación de Autobuses, sino cuando en Comisaría fue abierto el “neceser”, y encontrada la droga en su interior*”. Creo que habiendo fundadas razones por la policía como sospechoso de tráfico de estupefacientes se debió

acordar el status legal de detenido con lectura de sus derechos en la misma estación de autobuses, con carácter previo a la “invitación en libertad” de ir a Comisaría en el coche con dos policías- en realidad no disponía de libertad- y con la bolsa que portaba. Por otro lado el neceser cerrado con clave no debió ser forzado sin asistencia letrada o incluso con orden judicial, dado que se trataba de una diligencia policial por lo que pudo ser vulnerando además el art. 18.1 de la CE. en su vertiente de la intimidad personal.

En segundo término para decidir el tema del trabajo, una vez presentada la defensa del trabajo de investigación en septiembre de 1999, tras consultar y revisar Jurisprudencia española advierto numerosas trabas y cambios doctrinales que conducen a límites y excepciones en la aplicación de la teoría refleja de la prueba ilícita. Puede que fuese un bálsamo y trampolín a mis dudas e inquietudes doctrinales en el caso relatado, ya que me indujo a seguir la cronología del panorama de la jurisprudencia española en materia de prueba ilícita, y sobre todo el despertar en descubrir sus orígenes y evolución para seguir indagando en el país que la había creado en su Tribunal Supremo Federal: EEUU. y la *exclusionary rule*.

III. Descripción del proceso de investigación partiendo de las motivaciones y planteamientos iniciales.

Con la dirección y supervisión del Dr. Cachón, en septiembre de 1999 presenté y defendí el Trabajo de Investigación titulado “La Prueba Prohibida y el Proceso Penal”, en el que además de una referencia global a la doctrina científica, se abordaron con cierta exhaustividad los medios de prueba en el proceso penal español más susceptibles de

resultar afectados por la prueba ilícita(derechos del detenido e imputado, entrada y registro, intervenciones telefónicas, paquetes postales, registro de vehículos, intervenciones corporales, etc..) , dentro del panorama jurisprudencial de España, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Por entonces y mientras se elaboró el trabajo (1997/1998) tras alguna consulta, *a posteriori* tuve referencias de que la jurisprudencia española sobre la prueba ilícita había ido incorporando excepciones, aunque la prueba refleja parecía tener algún éxito todavía. Cabe indicar que a la sazón no había comenzado a examinar e investigar en su homóloga de Norteamérica de la *exclusionary rule*. Simplemente me resultaba por aquella época inédita y lejana a mi ámbito de intereses jurídico-científicos.

Posteriormente al trabajo de investigación, consultando y revisando Jurisprudencia del Tribunal Constitucional allá por el año 2000, advierto una Sentencia que me pareció que ponía fin al avance en España de la prueba ilícita. Quizás entonces no reparé en todas sus consecuencias jurídico- doctrinales. No era sencilla de entender. Mencionaba una expresión que en su redactado y artículos de la época se insistía sobremanera: La conexión de antijuridicidad. Se trataba de la STC. 81/1998 de 3 de abril, que por su alcance será reiteradamente citada y tratada en el trabajo que sigue a estas líneas, en especial en el capítulo tercero.

A partir de aquí pude apreciar que tanto en esta Sentencia como en otras anteriores se hacían frecuentes referencias a expresiones

inglesas y citas de la Jurisprudencia del Tribunal Federal de EE.UU. La curiosidad jurídico-científica me llevó a iniciarme en las fuentes del derecho anglosajón, y sobre todo la Jurisprudencia de EE.UU. y en concreto la *exclusionary rule*.

Aunque tengo que indicar que en la idea inicial estuvo presente la incertidumbre de indagar y conocer si podía haber alguna relación y posibles inter-influencias entre España y EE.UU. en materia de prueba ilícita. Una vez verificado favorablemente con el transcurso de algún tiempo de estudio, reflexión y una pléyade de dudas, observé con relativa claridad que el Tribunal Constitucional había cerrado definitivamente la prueba refleja con la STC. 81/1998 de 2 de abril, y en torno al año 2002 inicié la búsqueda y datos de EEUU. Primero un poco de historia, la Constitución de 1789, las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights*) de 1791 y los orígenes de la *exclusionary rule* en aquel país: En 1886 el caso *Boyd vs. EEUU*.

Realmente me pareció tan sugestivo y motivador que entre ambas culturas jurídicas pudiera existir casi un siglo de diferencia (en España la primera Sentencia que instaura la prueba ilícita data de 1984) que paulatinamente seguí estudiando y añadiendo datos para confeccionar el presente.

De algún modo este sería el proceso de elaboración de la presente tesis, y motivaciones adyacentes.

IV. Metodología y técnicas utilizadas.

Una vez estudiada en esbozo y constatada la importancia y antigüedad en EE.UU. de la *exclusionary rule*, al igual que el gran impacto que produjo en los mismos cimientos y fundamentos del sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense, tanto el Federal como en el de los cincuenta Estados federados, pude deducir que estos aspectos podían indicar una significativa relevancia. Entre otros que la regla de exclusión introdujo en los procesos penales de EE.UU. la distinción entre verdad jurídica y verdad material.

A partir de estas premisas, la metodología a seguir para poder alcanzar el objetivo, unas reglas que me permitiesen avanzar en el proceso del conocimiento, desde lo conocido a lo desconocido, y su *iter* se pueden glosar del siguiente modo:

Dejando apartada temporalmente la prueba ilícita de España, entendí que lo mejor para el proceso de trabajo podía ser un estudio previo básico reservado a conocer el sistema de derecho anglosajón circunscrito a los EE.UU, y que como es sabido se basa, sobre todo, en el análisis de las sentencias judiciales.

Para ello entendí ineludible que antes era preciso distinguir y saber cómo era el sistema procesal penal de EE.UU., y la estructura de los Tribunales Federales norteamericanos, a saber: Tribunales de Primera Instancia, Tribunales de Apelación y la Corte Suprema de los Estados

Unidos, la relación entre los Tribunales Estatales y los Tribunales Federales, tipos de causas que pueden interponerse en los Tribunales Federales y Estatales.

A partir de aquí había que centrarse en el Tribunal Supremo Federal y en su Jurisprudencia histórica y actual, dado que en aquel país es el máximo intérprete de la Constitución, y al objeto de ver la evolución y avances de la doctrina legal del precedente en materia de *exclusionary rule*.

Al no disponer de otros recursos, recurrió vía internet a las bases de datos oficiales dónde podía localizar jurisprudencia histórica y actual del Tribunal Supremo de Estados Unidos-USA Supreme Court- ;Tribunales federales de Apelaciones, así como las de Universidades de EEUU y Biblioteca Digitales, consultando y reuniendo un bagaje adecuado de material idóneo de varias fuentes informativas.

Acopié poco a poco un importante archivo de consultas, artículos y Sentencias, iniciando la selección por el material cronológicamente más antiguo para llegar después al más moderno y actual. Hubo que tener muy presentes las Enmiendas de la Constitución americana, y en especial la Cuarta, la Quinta y la Catorce. Éstas como derechos fundamentales de los estadounidenses eran las que acopiaban más número de sentencias y una mayor casuística de la *exclusionary rule* en temas muy similares a los de España, excepto en una materia muy escasa en la jurisprudencia americana: las intervenciones y escuchas telefónicas, que son inusuales y contadas como se verá en el Capítulo Primero (IV, A, 2, y 3)

La lengua principal en este método de trabajo fue inglés, y aunque en un principio pensó en recurrir a traductores personales por encargo, después

opté- aún a sabiendas de sus dificultades y tiempo a invertir- por confiarme personalmente las distintas traducciones, con la idea de que sus resultados fuesen más enriquecedores y propios.

La información extraída de la Sentencias, se contrastó posteriormente con algunos artículos y libros. Aquellos a los que podía tener acceso y tratase específicamente el derecho jurisprudencial de la regla de exclusión de EE.UU. me parecieron escasos si bien posteriormente indagando encontré algunos en castellano de autores como José Luis Gómez Colomer, Vives Antón, González Cussac, J.L, Luis Salas Calero y Caamaño, entre otros.

Tras análisis del material reunido del derecho y en especial de la Jurisprudencia de EEUU, verifiqué en la base de datos del Tribunal Supremo Federal que los precedentes y Jurisprudencia de los casos más populares e históricos se iban mencionando con profusión y en párrafos en sentencias muy posteriores, de modo que algunas Sentencias de finales del siglo XIX y principios del siglo XX se citaban por el propio Tribunal Supremo Federal en sus casos vistos posteriormente, incluso habiendo transcurrido más de cincuenta años desde el primer precedente.

A partir de aquí fui seleccionado las Sentencias – *case law*- que me parecieron mas relevantes para el trabajo, y que pudieran servir después para comparar la *exclusionary rule* con la prueba ilícita de España. Todo ello sirvió para elaborar el CAPÍTULO PRIMERO.

Una vez acotada la materia de la *exclusionary rule* de EEUU, me sitúo en un posible contenido de la prueba ilícita en España. Para ello entiendo que se debe partir de una breve referencia a la Constitución actual de 1978 y sus derechos fundamentales, cosa que me sirve también para observar los 190 años que habían transcurrido desde la promulgación de la Constitución americana de 1789, apreciando inicialmente que esta era una de las razones de los casi cien años de diferencia entre la regla de exclusión de ambos países, pues en definitiva la institución procesal tratada es de creación jurisprudencial y está íntimamente vinculada con los derechos fundamentales.

Antes de considerar la recepción y evolución de la doctrina jurisprudencial americana en nuestra jurisprudencia- capítulo Tercero- valoré como adecuado para el CAPITULO SEGUNDO, conocer algunos criterios, teorías y opiniones de diferentes sectores de la doctrina científica en España, por lo que se consultaron y citaron después en el trabajo distintos autores que han tratado la temática de la prueba ilícita. En dicho sentido detecté que entre los años 1985 y 2000 hubo un importante número de autores y tratadistas de prestigio que abordaron y trataron la temática de la prueba ilícita, siendo el aspecto más examinado la nueva doctrina jurisprudencial en España desde 1984, a tenor la primera Sentencia del Tribunal Constitucional en materia de prueba ilícita.

Pero sobre todo un elenco significativo de autores trató y estudio con criterios diversos el tema de la prueba ilícita, diferente régimen de nulidades, prueba directa y prueba refleja o derivada a raíz de publicarse en 1985 una

norma expresa en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto el art. 11.1. que de algún modo más menos velado incorporaba al derecho positivo español la prueba ilícita y su extensión refleja, derivación de la prueba que comparto en su ilicitud a tenor del redactado del nuevo precepto ... “ *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. A estos autores también se les consultó y citó con pasajes y opiniones de sus obras como podrá observarse en dicho capítulo segundo dedicado a España.

En definitiva pretendía poner de manifiesto las múltiples opiniones y relevancia de la doctrina científica de España de hace unos años, para contrastarlo con lo que pudiera existir en EEUU al respecto. En este país según lo investigado y examinado, las opiniones de los autores, eruditos y expertos en Derecho no poseen la tradición ni la importancia científica que en nuestro sistema.

Ahora bien resulta llamativo cómo en los Tribunales Supremos de algunos Estados (vr. Puerto Rico) en sus decisiones o Sentencias además de los precedentes vinculantes se citan y comentan opiniones de juristas relevantes, profesores reconocidos de *School of Laws* o Facultades de Derecho. Sin embargo en España en materia de procesal penal, no es fácil encontrar una resolución que se remita al criterio y opinión de un autor o experto en una materia.

A partir de estos pasos y reflexiones, opté por analizar y examinar la entrada de la *exclusionary rule* en la doctrina jurisprudencial de España, y

seguir su evolución en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional hasta la actualidad en términos generales.

Para ésta finalidad se esbozó primero y compuso posteriormente el CAPITULO TERCERO, en el que se partió del origen jurisprudencial en España de la prueba ilícita y su ulterior inspiración para dar lugar a la creación legislativa de la norma que pretendía con mayor o menor acierto regular la prueba ilícita directa e indirecta en el derecho positivo de nuestro país.

Seguí con el examen de distintas Sentencias seleccionadas que ya incluían limitaciones a la prueba ilícita en general dado que en un principio pude comprobar que en España no solo pudo haber concluido la etapa de expansión de la prueba refleja y directa en 1998 sino que además gradualmente se produjo un retroceso, ya que tanto en el Tribunal Supremo como el Constitucional iban introduciendo en su doctrina legal excepciones con acusada marca estadounidense, añadiéndose e insertándose expresiones en inglés propias del Tribunal Supremo Federal americano..

Dentro de la limitaciones surgidas, tras significativo estudio y detenimiento, valoré que la prueba inconstitucional en España tuvo un antes y un después radicalmente diferente con la creación de la denominada conexión de antijuridicidad por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 81/1998 de 2 de abril. Por ello se le ha dado un tratamiento amplio, y acaso reiterativo, pero a mi criterio necesario por su entidad doctrinal.

Tal y como había acontecido en EEUU con la aparición y desarrollo de valoraciones de la prueba licita directa por el Tribunal Supremo Federal - es decir, de algún modo la marginación de los derechos fundamentales del

proceso penal - se incluyó en el guión del trabajo jurisprudencia española que ya contenía dicha doctrina en forma de excepciones, en este caso fundamentalmente la excepción de la buena fe.

Al objeto de comprobar la evolución de la institución tratada en la jurisprudencia española, su nacimiento, declive y posiblemente una extinción anunciada, opté por analizar y examinar la primera Sentencia de la prueba ilícita en España, para seguir con Jurisprudencia que indicaba una aplicación - correctísima desde un prisma doctrinal- de la prueba refleja y la doctrina del árbol envenenado, indicando que su bonanza había durado aproximadamente un año de vigencia, para seguir con una representativa Sentencia del Tribunal Constitucional de 1995 que anunciaba los albores de la regresión de la institución procesal.

A continuación se dará cuenta de las excepciones surgidas en la jurisprudencia española, con influjo norteamericano, comenzando por la prueba directa, para continuar con la refleja. En el mismo apartado destaco con cierta amplitud un epígrafe (VI. 4) que denomino *“La clausura de la prueba refleja y decadencia en España de la prueba ilícita según la doctrina de la conexión de antijuridicidad.”* por entender que este pronunciamiento del Tribunal Constitucional con la Sentencia 81/1998 cerraba en nuestro país el ciclo doctrinal de la prueba refleja, y cuya extensión vendría motivada por su preeminencia e importancia en nuestro sistema, según hemos apuntado en párrafos anteriores.

El desarrollo metodológico del trabajo en el capítulo tercero traté de estructurarlo abordando el panorama español en la materia, pero con los matices necesarios que pudieran dar unos apuntes y pautas comparativas entre las dos culturas jurídicas con sus diferencias. Por ello otro de los apartados o epígrafes(VII) precisamente lo título “Diferencias del Sistema Judicial en ambos ordenamientos..”, cuyo propósito didáctico- teniendo en cuenta que la temática supuestamente no resulta frecuente en el ámbito de conocimiento e interés de nuestros operadores jurídicos- es situar al lector en el posible y pretendido núcleo de la institución procesal tratada: la notoria influencia e inspiración de los Tribunales españoles en la doctrina jurisprudencial norteamericana de la *exclusionary rule*.

Por otro lado al seguir las técnicas expresadas, e intercalando aspectos de los EE.UU. con los de España a efectos de situación y comparación, cabe la posible adecuación del presente trabajo a otra consecuencia medular pretendida: La desaparición en ambos sistemas de la prueba refleja y la admisión con valoración por los Tribunales de pruebas ilícitas directas.

Posteriormente seleccioné varias resoluciones del Tribunal Supremo de España que recogen criterios y tesis diferentes en la aplicación de la conexión de antijuridicidad. Según mi opinión considero de especial relevancia e interés jurídico y garantista para la prueba ilícita dos votos particulares de la Sentencia de 29 de Septiembre de 2008(IX(1.)), destacando como más notable el examen y reseñas del primero emitido por el Magistrado Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

Tras analizar el contenido de los tres primeros capítulos, se valoró la posibilidad de recapitular a modo de resumen aquellos aspectos que pudieran ser más destacados e importantes para el lector, de modo que permaneciese una mejor clarificación final de la investigación global, surgiendo el CAPITULO CUARTO para colmar estos pretendidos fines.

V. Estructura del trabajo. Analizadas diferentes posibilidades y barajadas distintas opciones con los consejos y supervisión de la directora de esta tesis, la Dra. Navarro Villanueva, optamos finalmente por configurar el trabajo del siguiente modo:

La introducción, que se divide en diversos epígrafes, partiendo de los objetivos planteados y cifrados en el estudio y comparación de la institución procesal de la prueba ilícita de España con su homóloga de los EE.UU. denominada *exclusionary rule* o regla de exclusión. Ésta en sí la considero muy relevante en ambos sistemas judiciales, y se destaca el propósito de demostrar que a pesar de la marcada disparidad de los sistemas jurídicos y judiciales de España y EEUU. y la diferencia de un siglo en la instauración de la doctrina jurisprudencial de la regla de exclusión en el país estadounidense respecto del nuestro, se ha filtrado, seguido y se mantiene por el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

Le sigue un breve discurso a cerca de la razón, motivación y justificación del tema elegido, que se basa en un caso real del doctorando con ocasión de

un encargo profesional en el año 1997 en el que planteaban aspectos destacados de la prueba ilícita, que finalizó en el Tribunal Supremo en 1998.

A continuación se glosa el proceso de investigación y su planteamiento previo con ocasión de la elaboración y defensa del Trabajo de Investigación titulado “La Prueba Prohibida y el Proceso Penal”, en el que se trató jurisprudencia de los medios de prueba en el proceso penal español más aptos de resultar afectados por la prueba ilícita. En septiembre de 1999 tuvo lugar el acto de defensa del trabajo de investigación.

En otro apartado (IV) hacemos referencia a la Metodología y técnicas utilizadas para llegar al resultado final del presente trabajo, describiendo distintos aspecto del método y el proceso de de investigación que se han llevado a cabo

EL CAPITULO PRIMERO se dedica a describir a la evolución sufrida por la *exclusionary rule* en la Jurisprudencia de EE.UU. desde su instauración en 1886 hasta los perfiles actuales más significativos. Las Enmiendas Cuarta, Quinta, y la Decimocuarta son las más ricas y prolíficas en tratamiento jurisprudencial por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, haciendo también alguna reseña de otros tribunales Federales, en especial el de Apelaciones y sus circuitos, con alguna mención de jurisprudencia seleccionada de los Tribunales Supremos de los Estados.

EL SEGUNDO CAPÍTULO describe una introducción, antecedentes y criterios más destacados de la doctrina científica de la prueba ilícita en España, antes y después de 1984. Se examina y desgrana el contenido del artículo

11.1. de la LOPJ. así como la posible colisión del significado legal de éste con la práctica forense y la doctrina jurisprudencial que inspiró al legislador.

EN EL CAPÍTULO TERCERO se trata la recepción, inspiración y avances de la doctrina jurisprudencial en España de *la exclusionary rule* norteamericana, y vertientes comparativas. Pretende dar unas pautas y definir un criterio de la actualidad real de la institución procesal, que afirmamos hallarse en decadencia y camino de una posible extinción. El contexto globalizado internacional y la seguridad colectiva e individual de los ciudadanos pueden ser exponentes de éste declive.

EL CAPÍTULO CUARTO pretende recapitular a modo de resumen aquellos aspectos que pudieran ser más destacados e importantes para el lector, en aras de que subsistiese una clarificación final de la investigación global.

Siguen las Conclusiones, abreviaturas, bibliografía, sentencias citadas de EE.UU. y sentencias citadas de España.

CAPITULO PRIMERO.

LA EVOLUCIÓN DE LA *EXCLUSIONARY RULE* EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA DESDE SUS ORÍGENES EN 1886 HASTA LA ACTUALIDAD. EXCEPCIONES Y DECADENCIA DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL.

I. EL MARCO HISTÓRICO- CONSTITUCIONAL AMERICANO

Podemos afirmar que la tradición histórico constitucional y la estabilidad jurídico- política de los pueblos y Estados marcan irremisiblemente el desarrollo y progreso de sus Leyes y Jurisprudencia. Se verá más adelante como los doscientos años de evolución constitucional del pueblo estadounidense ha ocasionado innumerables pronunciamientos de sus Tribunales, en especial de la Federal Supreme Court que, en cierto modo, han creado tal entramado de reglas y normas de derecho judicial que producen desconcierto en todos sus operadores jurídicos. Con tanta evolución jurisprudencial se ha llegado a un momento de contradicciones en su interpretación.

En nuestro país, ya sabemos que la Constitución no posee ni mucho menos la tradición y evolución histórica que en EEUU. Y por causa de esta diferencia notable de tiempo y desarrollo radican muchas y abismales diferencias cuando pretendemos afrontar un estudio comparado de la prueba

ilícita. Por tanto, dejando aparte otros motivos culturales, esta razón cronológica y de madurez constitucional marcará la creación y evolución de la jurisprudencia de ambos países.

En EEUU. se produce el primer pronunciamiento acerca de la prueba ilícita en 1.886 mientras que en España habrían de pasar cerca de cien años para observar por primera vez la mención jurisprudencial de inadmisión de fuentes o pruebas en el proceso penal que vulneren derechos fundamentales¹.

En lo que respecta a la Constitución Federal de EEUU de 1789, cabe destacar su estructura, antigüedad y sistema de enmiendas de 1791 que contienen las estipulaciones que declaran los derechos constitucionales de los ciudadanos relativos a la actividad investigadora y de enjuiciamiento de los delitos por los poderes públicos².

Consideramos de interés señalar las siguientes enmiendas por poseer una íntima relación con el proceso penal americano y en concreto con la *exclusionary rule*.

En primer lugar, haré mención de la Enmienda Cuatro, que lleva por título “Órdenes judiciales de registro y arresto”. En virtud de ésta se protege constitucionalmente a los ciudadanos su seguridad personal, sus domicilios, documentos y pertenencias, contra registros e incautaciones arbitrarias.

¹ Cabe recordar, para situarnos en su cultura jurídica, que los derechos fundamentales y las libertades públicas se hallan en las Enmiendas (1791) Cuarta, Quinta, Sexta y contenidas en la Bill of Rights y ésta adjunta a la Constitución de los Estados Unidos de América (United States Constitution).

² Es conocido que la Carta de derechos o Declaración de derechos (en inglés *Bill of Rights*) es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo. El propósito principal de este texto era recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II). Constituye uno de los precedentes inmediatos de las modernas «Declaraciones de Derechos», incluyendo: el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la revolucionaria Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), las diez primeras enmiendas (Bill of Rights) fueron ratificadas efectivamente el 15 de diciembre de 1791 y la internacional Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Esta enmienda añade que los mandamientos judiciales para estos efectos deberán estar basados en “causa probable”, con el respaldo de juramento o promesa, cuyo requisito corresponde a los agentes de policía que solicitan la orden judicial. Debe, además, ser detallado el lugar exacto del registro al igual que las personas que puedan ser detenidas y aquellos efectos que puedan ser confiscados³.

Debemos matizar que esta medida no prohíbe que las autoridades legalmente constituidas realicen registros, decomisen bienes o arresten personas. Lo único que requiere es que, en la mayoría de los casos, las autoridades expongan ante un juez la necesidad de una orden judicial de registro domiciliar y la obtengan de él. El Tribunal Supremo Federal ha sostenido que la evidencia obtenida mediante la transgresión de la Cuarta Enmienda no puede ser admitida como prueba en un juicio penal.

Respecto de la Enmienda Cinco nos corresponde indicar que se titula “Los derechos en los juicios penales”, y declara que ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o grave si no es en virtud de denuncia o acusación por un Gran Jurado, excepto, en supuestos que ocurran en las fuerzas armadas de mar y tierra, o en la Milicia, cuando estén en servicio activo en tiempos de Guerra o de peligro público. Precisa también que ninguna persona será sometida dos veces, por el mismo delito a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal. Protege igualmente

³ El texto originario en inglés es el que se transcribe seguidamente: “*Texto Inglés. Amendment IV. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

la autoincriminación al declarar que la persona no será compelida a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido procedimiento legal. Finalmente esta Enmienda proclama en cuanto a propiedades privadas que no se podrán expropiar para destinarlas a uso público sin la justa compensación⁴.

Según la normativa penal norteamericana, el delito capital se castiga con la pena de muerte mientras que el delito mayor o grave se castiga con la pena muerte o la prisión.⁵ Esta enmienda garantiza que a ninguna persona se la podrá juzgar por un delito federal de ese tipo, a menos que haya sido acusada por un gran jurado⁶. Al amparo de la misma, ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo delito y por el mismo gobierno. Sin embargo, sí podrá ser juzgada por segunda vez si el jurado no logra ponerse de acuerdo para emitir un veredicto, si se considera que el proceso estuvo viciado por alguna razón o si se solicita un nuevo juicio. La enmienda garantiza, además, que una persona no pueda ser obligada a declarar contra sí mismo.

⁴ Texto original Inglés. *Amendment V. "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."*

⁵ Delito capital es un delito grave que se castiga con la pena de muerte, según la legislación estatal y federal. Delito grave se castiga con la pena de prisión de más de un año.

⁶ El Gran Jurado o jurado de acusación es un tribunal integrado por ciudadanos convocados al efecto. Su función, consiste básicamente en dar aprobación o no a una acusación, y permitir de esa manera la apertura del juicio consiguiente. Se distingue del Jurado de Enjuiciamiento o Pequeño Jurado en que, por el contrario, éste ciñe sus funciones a juzgar el caso concreto una vez elevado por el Gran Jurado. A pesar de su clara distinción en cuanto a sus atribuciones, ambos comparten la característica principal de estar formados por legos, y ser instituciones de claro corte acusatorio. Su número de miembros es doce.

La cláusula del debido proceso (*due process*), esto es, la declaración en virtud de la cual ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad o la propiedad "sin el debido procedimiento legal" es una de las disposiciones más importantes de la Constitución. Las mismas palabras aparecen en la Enmienda Catorce como restricciones al poder de los Estados. El enunciado refleja la idea de que la vida, la libertad y la propiedad de una persona no están sujetas a la discreción total de los funcionarios del gobierno o por la ley de la nación⁷.

Por su parte, La Enmienda Seis hace referencia al "derecho a un juicio imparcial". Garantiza a los ciudadanos que sean acusados en todos los procesos penales un juicio libre de obstáculos y público, por un jurado imparcial del Estado y del distrito en el cual haya sido cometido el delito. Este distrito será previamente fijado de acuerdo con la ley. Por otro lado, los acusados tendrán derecho a ser informados de la naturaleza y causa de la acusación y a carearse con los testigos en su contra. Del mismo modo, gozará el acusado del derecho a que se adopten medidas coercitivas para que comparezcan los testigos que cite a su favor y a contar con la asistencia de un Abogado para su defensa⁸.

El requisito del juicio público y expedito surgió del hecho histórico de que algunos juicios políticos que tuvieron lugar en Inglaterra se retrasaron años

⁷ Es sabido que el origen de esta idea se puede rastrear hasta la Carta Magna de 1.215, en la cual se dispuso que el rey de Inglaterra no podía encarcelar o dañar a persona alguna, "salvo por un juicio legal a cargo de sus iguales.

⁸ Texto en Inglés. Amendment VI. In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

enteros y, a la postre, fueron ventilados en secreto. El individuo acusado debe ser informado de los cargos que se presentan en su contra y se le debe permitir enfrentarse o replicar a los testigos en su contra. De lo contrario, las personas inocentes pueden ser castigadas si el tribunal permite que el testimonio de testigos desconocidos sea admitido como prueba.

Esta enmienda garantiza que los individuos sometidos a juicio pueden carearse con las personas que los han acusado e interrogarlas. Por último, las personas acusadas deben contar con un abogado que las defienda si así lo desean, no siendo obligatorio en el sistema americano dado que pueden ejercer la autodefensa. Si el acusado en un juicio penal no tiene recursos para pagar a un abogado, el Tribunal Supremo ha dispuesto que se debe designar un abogado de oficio para que defienda a la persona acusada.

En relación a la Enmienda Catorce destacamos en especial el derecho de los ciudadanos al *debido procedimiento legal* cuando se hallen frente a los Tribunales de Justicia⁹.

La expresión "el debido procedimiento legal" se ha interpretado como la prohibición de que los Estados infrinjan la mayor parte de las garantías que la Carta de Derechos protege para que no sean menoscabadas por el gobierno nacional. También se ha interpretado que, por su propia fuerza, dotan de protección a otros derechos. La declaración de que un Estado no puede negar a persona alguna "la protección de las leyes en un plano de igualdad" ha

⁹ En su sección 1^a, declara que ninguno de los Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad

servido de base para muchos fallos del Tribunal Supremo en materia de derechos civiles.

1. Particularidades del texto constitucional norteamericano

La Constitución estadounidense posee características específicas respecto a otros textos normativos utilizados en otras tradiciones jurídicas, por lo que es importante señalar de acuerdo con JAY M. FEINMAN, en Estados Unidos se distinguen cuatro características principales¹⁰.

- Todas las demás ramas del derecho estadounidense operan en conjunto, puesto que éste define la estructura y funcionamiento del gobierno y las relaciones entre aquél y los ciudadanos, define la facultad relativa a los gobiernos federal y estatal, prohibiendo también la realización de ciertas acciones. La Constitución se proclama a sí misma como la ley suprema de la nación, de esta manera, toda ley estatal o federal de cualquier materia pierde validez si contradice la constitución.
- Todas las ramas del derecho se basan tanto en leyes como en fallos judiciales, lo que les aporta una extensa variedad de fuentes, reglas, principios y argumentos. Cuando se trata de decisiones de índole constitucional se fundamentan únicamente en el texto de la Constitución y sus enmiendas.

¹⁰ JAY M. FEINMAN. *Law 101 .Everything you need to know about the American Legal System*. 2006. Oxford University New York, pp. 9-15.

- Igualmente el derecho constitucional tiene como procedente plantear cuestiones políticas y decisiones de valores fundamentales contenidos en las enmiendas diferentes.
- Los procedimientos para la elaboración y aplicación de las leyes y reglamentos derivan de la Constitución. Las cámaras legislativas y los Tribunales formulan principios jurídicos que aplican los propios órganos judiciales para resolver casos particulares.

2. La ausencia constitucional del derecho a la Privacidad

Considero adecuado destacar que el derecho a la privacidad no lo menciona específicamente la Constitución de Estados Unidos.

Resulta conocido que este derecho fundamental encuentra su equivalencia en nuestro sistema jurídico-constitucional en el derecho a la intimidad, pero aquel de la cultura jurídica anglosajona posee una amplitud y matices diferentes.

No obstante existen algunas disposiciones que protegen la privacidad o que han sido interpretadas por la Corte Suprema como protectoras del derecho a la privacidad, entre estas disposiciones se encuentran las siguientes:

La Primera Enmienda constitucional, que en algunos casos sirve para salvaguardar algunos aspectos de la privacidad, tales como “hablar en forma anónima”; también protege a los individuos de ser obligados a revelar los grupos a los cuales pertenecen.

Por su parte, la Tercera Enmienda constitucional protege la privacidad del hogar mediante la prevención de que, en tiempos de paz, las fuerzas armadas no podrán ocupar ninguna casa sin el consentimiento del dueño ni tampoco ser acuartelado en casa alguna en tiempo de guerra, salvo lo prescrito por la ley¹¹.

La Cuarta Enmienda Constitucional protege el derecho de las personas, su domicilio, documentos y pertenencias ante registros ilegales e incautaciones arbitrarias.

Por otra parte, la Quinta Enmienda garantiza que ninguna persona puede ser obligada a declarar en ningún caso en el orden penal contra de sí misma. Este derecho protege la privacidad puesto que establece que nadie puede ser obligado a responder de un delito, salvo mediante una orden de presentación ante un gran jurado, con la única excepción de las causas derivadas de las fuerzas armadas navales o militares. De acuerdo con la analizada enmienda, nadie será juzgado dos veces por el mismo delito ni será obligado a declarar en su contra en causas penales, ni privado de su vida, libertad ni propiedades, sino mediante debido proceso establecido por la ley. El debido proceso impone la exigencia de razonar jurídicamente todos los procedimientos de identificación usados como pruebas en juicio¹².

¹¹ Texto original en Inglés. Amendment III .No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

¹² La jurisprudencia norteamericana ha desarrollado *la exigencia del debido proceso* prevista en la quinta enmienda, a través de teorías que garantizan los derechos fundamentales de los individuos, tales como “la ausencia de inducción”; la necesidad de atender la totalidad de las circunstancias en casos de “incriminación por careos o fotografía”; “confrontación en la escena del crimen”; “la confiabilidad de la identificación”, y la regla de exclusión de evidencia obtenida ilegalmente. Vid. Bowers v. Hardwick, 478 EE.UU. 186 (1986) y Griswold v. Connecticut, 381 EE.UU. 479 (1965).

La Decimocuarta Enmienda, promulgada en 1868, recoge, entre otras, las garantías de privilegios e inmunidades así como la protección ante la ley y el debido proceso (la cual se complementa con la quinta enmienda antes señalada) y establece que ningún Estado promulgará ni dará validez a ley alguna que restrinja los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni los Estados privarán a persona alguna de su vida, libertad o posesiones sino mediante el debido proceso establecido en la ley, ni tampoco negarán a las personas la misma protección ante la ley.

Cabe señalar que esta enmienda habla específicamente del debido proceso (*due process*) en los Estados, al contrario de la Quinta Enmienda que se refiere al debido proceso en la Federación.

El derecho a la privacidad americano, como hemos señalado, no está expresamente previsto en la Constitución ni en sus enmiendas, pero por medio del derecho judicial creado por el Tribunal Supremo Federal ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental y protegido por las enmiendas en síntesis analizadas.

En consecuencia, opinamos que puede ser objeto de vulneración al igual que otros derechos fundamentales expresos y ocasionar en el proceso penal aplicaciones propias de la *exclusionary rule* que se estudia en este trabajo

Por tanto, aunque la Constitución norteamericana no establece una mención literal de la privacidad, se considera que queda dentro de su ámbito de protección pues establece en su Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Decimocuarta Enmienda, disposiciones que se consideran como protectoras de este derecho mientras que el Tribunal Supremo Federal (US. Supreme Court)

ha significado un papel fundamental en la configuración de este *derecho a la privacidad*, porque gracias a su criterio en la resolución de casos concretos ha ayudado a limitar y definir este derecho tan fundamental en la actualidad¹³.

II. EL SISTEMA JURÍDICO Y JUDICIAL PENAL NORTEAMERICANO

Como es sabido el sistema jurídico norteamericano deriva en gran medida del *Common Law*, que estaba vigente en el Derecho de Inglaterra en la época de la Guerra de la Independencia. Actualmente, la ley suprema del país es la Constitución de los Estados Unidos de 1789 y bajo el principio de supremacía constitucional, las leyes aprobadas por el Congreso y los tratados en que Estados Unidos de América sea parte, suponen el siguiente escalón de la jerarquía de fuentes del Derecho. De este modo, los Convenios Internacionales y las leyes aprobadas por el Congreso, junto con la Constitución, conforman la base para la constitucionalidad de las leyes federales, estableciendo los límites tanto de la legislación federal como de las leyes en los cincuenta estados y otros territorios del país.

¹³Vid. Sobre la intimidad- privacidad la Sentencia: The Supreme Court of the State of Alaska *faith. v. Alaska psychiatric* June 30, 2006. Es un precedente histórico y jurídico, el Tribunal Supremo de Alaska afirmó que la administración forzada de medicamentos psicotrópicos a los pacientes es inconstitucional. La decisión restablece los derechos de las personas también de los pacientes psiquiátricos institucionalizados y abre el camino para un vuelco para la legislación de los otros cincuenta y dos estados. Hubo que enmendar los estatutos sobre tratamiento no consentido de drogas psicotrópicas

Declara el Tribunal que “*Llegamos a la conclusión de que la Constitución de Alaska garantiza que la libertad y la vida privada requieren una decisión judicial independiente a una declaración de demencia sobre la incapacidad mental del paciente. Para proteger mejor los intereses, el Tribunal podrá o no autorizar el tratamiento del paciente con drogas psicotrópicas .El tribunal no lo determina en el caso Myers dicho interés superior antes de autorizar medicamentos psicotrópicos, ante su negativa a un tratamiento no voluntario*”.

En los Estados Unidos, el Derecho se deriva de cuatro fuentes: la Constitución, las Leyes, los Reglamentos y el Common Law (en el cual también se incluye la jurisprudencia o *case law*). La fuente de jerarquía principal es la Constitución de los Estados Unidos, quedando todas las demás fuentes subordinadas a esa norma. Ninguna ley o reglamento puede contradecir lo dispuesto por la Constitución de los Estados Unidos.

Sin embargo, una ley no desaparece automáticamente por el simple hecho de haber sido declarada inconstitucional, sino que debe ser derogada por una ley posterior. Muchas leyes federales y estatales han permanecido oficialmente vigentes durante décadas después de haber sido consideradas como inconstitucionales. Sin embargo, en virtud del principio de *stare decisis*, ningún tribunal aplica una ley inconstitucional y la decisión de cualquier corte que lo hiciese sería revocada por la Corte Suprema. Igualmente, un tribunal que se niegue a aplicar una norma considerada anteriormente como constitucional, por considerarla contraria a la Carta Magna, se estaría enfrentando a una posible invalidación de su sentencia por la Corte Suprema.

Cabe expresar que algunos autores defensores del originalismo y del constitucionalismo estricto americano, como el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia: sostienen que los tribunales estadounidenses nunca deben buscar soluciones para los casos que se les presentan a través de los casos post-revolucionarios de sistemas legales externos de los Estados Unidos, a pesar de que los argumentos esgrimidos sean persuasivos, con la

única excepción de los casos que interpretan tratados internacionales a los que Estados Unidos se hayan adherido¹⁴.

Esta postura deriva inevitablemente de la *filosofía del originalismo*, que postula no sólo que la Constitución es la última fuente de la autoridad jurídica en los Estados Unidos, sino también que el único análisis válido del documento consiste en averiguar el sentido original del documento en el momento de su creación. Por lo tanto, las discusiones sobre el Derecho británico posterior a la Constitución son irrelevantes, puesto que no arrojan ninguna luz sobre el significado original de la Constitución¹⁵. En cualquier caso, los precedentes extranjeros nunca se citan como vinculantes, sino como un reflejo de los valores compartidos entre las civilizaciones anglosajonas u occidentales.

En cuanto al Derecho Federal de los Estados Unidos cabe recordar que se origina a partir de la Constitución, que es la norma que le da al Congreso el poder de promulgar leyes para regular una serie de cuestiones, como por ejemplo el comercio interestatal. Casi todas las leyes promulgadas, denominadas estatutos, han sido codificadas en el Código de los Estados Unidos. Además, muchas de las leyes promulgadas por el Congreso otorgan a las agencias o departamentos del poder ejecutivo el poder de crear reglamentos que se publican en el Código de Reglamentos Federales y que

¹⁴ A. SCALIA, "A matter of interpretation" ISBN 0-691-00400-5, Amy Guttmann ed. 1997, at. p. 23.

¹⁵ Otros juristas, como los jueces Anthony Kennedy o Stephen Breyer, no están de acuerdo con este punto de vista y en sus resoluciones citan leyes extranjeras de vez en cuando, siempre y cuando consideren que el estudio de dichas leyes ofrece información relevante y sus argumentos sean persuasivos, útiles o provechosos:

también establecen obligatoriedad en virtud de la doctrina *Chevron*¹⁶. Por otro lado, muchos litigios versan sobre la interpretación de una ley federal o de un reglamento y las interpretaciones judiciales sobre esas cuestiones tienen peso legal bajo el principio de *stare decisis*¹⁷.

En sus comienzos, las leyes federales se enfocaban en cuestiones sobre las que existía una expresa cesión de competencia sobre el gobierno federal en virtud de la Constitución.

Respecto del derecho estatal es sabido y debemos recordar que los cincuenta estados norteamericanos cuentan con soberanías independientes dotadas de sus propias constituciones estatales y de sus propios gobiernos estatales. Retienen poderes plenarios para promulgar leyes relacionadas con cualquier materia que no se encuentre expresamente supeditada a la competencia federal por la Constitución federal, las leyes federales o los tratados internacionales ratificados por el senado federal. El Derecho de casi todos los estados federados comparte la misma base del *Common Law*, con la notable excepción del estado de Luisiana, que se basa en el Código Napoleónico de Francia, y siempre ha sido influido por él. Por otro lado, el

¹⁶ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Se trata de un caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, ante el silencio u oscuridad de un texto legal, los Tribunales deben inclinarse por la interpretación que de los mismos hacen las Agencias administrativas, siempre y cuando, eso sí, tal interpretación sea razonable. *Chevron* es la más clara articulación de la Corte acerca de la doctrina de la "de referencia administrativa", hasta el punto de que la misma Corte ha usado la expresión "deferencia Chevron" en los casos más recientes.

¹⁷ Es sabido que *Stare decisis* es una locución latina, que puede traducirse como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente y vinculan como jurisprudencia a aquéllas que se dicten en el futuro. La locución proviene de acortar una más extensa, *stare decisis et non quieta movere*. Sabemos que esta doctrina es propia del derecho anglosajón y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia.

transcurso del tiempo ha llevado a que los tribunales y legislaciones hayan ido evolucionando de forma independiente, modificando el *Common Law* inicial. Como resultado, las leyes de cualquier estado federado pueden diferir en gran medida de la de cualquier otro estado de la Unión.

Por otro lado, muchos estados norteamericanos han codificado parte o toda su normativa legal en códigos de leyes. La codificación es una idea recibida en Estados Unidos desde los países con sistemas de Derecho continental¹⁸. En algunos estados, la codificación a menudo se trata como un mero resumen del *Common Law*. Los jueces tienen plena libertad para interpretar los códigos, salvo que la legislación lo impida específicamente. En otros estados, existe una tradición de estricta adherencia al texto de los códigos.

Desde otra perspectiva, es preciso indicar que la gran mayoría de delitos perseguidos por el Derecho Penal de los Estados Unidos se persiguen a nivel meramente estatal. El Derecho penal federal (delito federal) se enfoca a áreas especialmente relevantes para el gobierno federal, como la evasión de impuestos federales, robo de correspondencia o atentados sobre las autoridades federales así como delitos de carácter interestatal.

En el campo del Derecho penal, todos los Estados tienen leyes semejantes con respecto a los "delitos mayores" o graves, como el asesinato o

¹⁸ Los códigos de Nueva York se conocen como "Laws" (Leyes); en California y Texas se llaman "Codes" (Códigos) y la mayoría de los otros estados usan términos como "Revised Statutes" (Estatutos Revisados o Leyes Revisadas) o "Compiled Statutes" (Estatutos Compilados o Leyes Compiladas) para hacer referencia a sus códigos. California, Nueva York, y Texas tienen códigos distintos para diferentes temas, mientras que los otros estados y el gobierno federal usan un solo código dividido en títulos numerados.

la violación, aunque las penas pueden diferir de un estado a otro. La pena capital, por ejemplo, se permite y aplica en algunos estados (38) de la Unión, y no tiene aplicación en otros (12). Sin embargo, para las ofensas contra el bienestar público, en dónde el Estado castiga no sólo los comportamientos dañinos, sino también los que suponen un simple riesgo de daño, hay una diversidad considerable entre los distintos Estados. Por ejemplo, las leyes que prohibían la conducción bajo la influencia del alcohol variaron mucho antes de los años 90. Las leyes estatales que tienen que ver con delitos de drogas son muy distintas, ya que mientras en algunos estados consideran que la posesión de pequeñas cantidades de drogas es un delito menor o una cuestión médica, otros la categorizan como un delito mayor o grave.

Algunos Estados distinguen entre *felonies* (delitos mayores o graves) y *misdemeanors* (delitos menores y faltas). Generalmente las penas impuestas por los delitos graves abarcan penas de prisión de larga duración, multas y el pago de la responsabilidad civil derivada del delito. Los delitos menores se suelen castigar con penas de hasta un año de prisión o multas. Algunos Estados han añadido un nivel más, el de las infracciones, aplicable a violaciones de la legislación sobre tráfico de vehículos u otras faltas menores. Estas infracciones en muchos Estados no suponen penas de cárcel. Pero en algunos Estados, como el de New York puede imponerse penas de prisión por infracciones, que no pueden superar los quince días.

En EE.UU. el principio de legalidad a partir del final del siglo XIX comenzó a tener un alcance más parecido al que se le asigna en el entorno continental europeo con la tendencia a la codificación del derecho penal

mientras que de modo simultáneo iban desapareciendo muchos delitos de ámbito del derecho común consuetudinario. En muchos supuestos se encuentran totalmente abolidos, como sucede en el orden federal, donde ya no existen delitos de dicha fuente¹⁹.

III. PRECEDENTES, CONCEPTOS Y CUESTIONES GENERALES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

Se debe destacar el estudio de las cuestiones de la prueba ilícita en el país americano, la denominada “*exclusionary rule*” o regla de exclusión estadounidense, y la posición que ocupa en el conjunto de respuestas jurídico-procesales dadas en nuestro entorno cultural a aquéllas irregularidades acaecidas en la actividad probatoria en el proceso penal.

El carácter pionero y secular en el tiempo de la *exclusionary rule* con respecto a los modernos regímenes de prueba hace pensar, sin duda, en su interés y gran importancia procesal y doctrinal.

Esta institución estadounidense procede del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales de EEUU a finales del Siglo XIX, y desde su nacimiento se han sucedido múltiples resoluciones judiciales, tanto a nivel estatal como federal, así como numerosos comentarios doctrinales que nos ha dado una amplísima herencia de argumentos, razonamientos, propuestas de fundamentación,

¹⁹ EDMUNDO S. HENDLER. *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Buenos Aire, 2^a ed. 2006, p. 27

soluciones puntuales y criterios generales, en sus vertientes tanto de opositores como de partidarios a esta regla²⁰.

Precisamente, los primeros desarrollos de la *exclusionary rule* en los Estados Unidos se produjeron unos ciento veinte años después de promulgarse la Constitución federal si bien la consolidación fue un proceso de una duración de casi sesenta años²¹.

El bagaje doctrinal y jurisprudencial de aquel país ha resultado muy valioso, sin duda, para enriquecer nuestro entorno jurídico- procesal y el de muchos otros países de Europa y sistemas procesales hispanos posteriormente que han incorporado esta institución a su sistema procesal penal fundamentalmente. De ahí el interés en analizar aquella institución centenaria de la *exclusionary rule*.

1. Valor e importancia de la Regla de Exclusión.

La creación e instauración por el Tribunal Supremo Federal de la *exclusionary rule* resultó ser una de las más importantes manifestaciones de un trascendental proceso de redefinición del esquema constitucional de separación de poderes y de la estructura federal de gobierno que los constituyentes o “Padres Fundadores” (*founding fathers*) sentaron como base de la organización jurídico-política de la Federación de Estados soberanos e independientes constituida por las antiguas colonias británicas y a resultas del

²⁰ Vid. en este sentido, C. FIDALGO GALLARDO, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1. LOPJ*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pag. 13.

²¹ Las votaciones de las mayorías judiciales en la Corte Suprema Federal que la desarrollaron casi siempre y de modo sistemático fueron de cinco Magistrados (*Justices*) frente a cuatro.

cual los Tribunales- sobre todo la Corte Suprema Federal- se arrogaron una posición de prevalencia respecto de los demás poderes del estado, calificado como “usurpación judicial”(*judicial usurpation*) de poderes y funciones correspondientes a los poderes legislativo y ejecutivo

La regla produjo un gran impacto en los mismos cimientos y fundamentos del sistema de enjuiciamiento criminal estadounidense en todos los sistemas: el Federal y el de los cincuenta Estados federados, aspecto que indica su significativa relevancia. En efecto, la regla de exclusión introdujo en los procesos penales de EEUU la distinción entre verdad jurídica y verdad material. Y ello porque generó en los jueces la imposibilidad de valorar fuentes claramente probatorias de la culpabilidad pero afectadas por algún vicio de inconstitucionalidad.

La consagración de *la exclusionary rule* unida, a la acusada tendencia al formalismo que circunda el sistema y la práctica jurídica estadounidense, favoreció un cambio radical en la comprensión de los fines del proceso judicial y las tareas de sus diferentes actores.

2. Jurisprudencia y creación del derecho

Uno de los temas centrales que ha generado mayores discusiones en el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la *exclusionary rule*, ha sido la cuestión de la búsqueda de raíces o entronque así como la fundamentación constitucional de dicha institución jurídica.

El examen del texto constitucional de EEUU, pone de relieve que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las Constituciones de los cincuenta estados federados. Pasados ciento veinte años desde que se adoptase la *Bill of Rights*, la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal la descubrió entre las exigencias implícitas del sistema de garantías procesales configurado por las Enmiendas Constitucionales.

A partir de las primeras sentencias sobre la materia en el primer cuarto de siglo veinte –ciertamente tímidas y de influencia muy limitada- la Corte Suprema necesitó otros casi cincuenta años para desarrollar la doctrina hasta su máxima extensión en un proceso que fue a la vez parte importante del proceso paralelo de autoafirmación de la autoridad del Alto Tribunal en el sistema jurídico-político estadounidense, tanto sobre los demás poderes del Gobierno Federal –legislativo y ejecutivo- como con respecto de los sistemas respectivos de los estados federados

Estimamos que es patente la similitud de los argumentos empleados por la Corte Suprema Federal y el Tribunal Constitucional español para hacer valer una regla sin apoyo literal en la Constitución. En ambos casos, a falta de norma expresa, se invocaron pretendidas exigencias implícitas del sistema de derechos constitucionales.

Por otro lado tenemos que sostener que la regla de exclusión y sus variantes doctrinales posteriores forman parte de posible paralelismo actual de

la prueba ilícita penal en los panoramas procesales de Estados Unidos y España²².

3. Definición de la “exclusionary rule”.

Según FIDALGO GALLARDO, la regla de exclusión o *exclusionary rule*, elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, es aquella regla jurisprudencial según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a los efectos de la determinación o prueba (*proof*) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados²³. De acuerdo con el autor citado, en el entorno de la doctrina del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), la regla de exclusión se extiende también a las pruebas derivadas de pruebas inconstitucionalmente obtenidas, es decir, a aquellos materiales probatorios que no se hubiesen obtenido de no mediar la obtención inconstitucional previa de pruebas inadmisibles.

²² En España, a partir de 1984 se produjo una gran actividad jurisprudencial tanto en el Tribunal Constitucional como en el Supremo, llegando a incorporar la prueba ilícita y su extensión de doctrina del árbol envenenando, a restringir ésta por vía de excepciones, a ser admitidas pruebas ilícitas derivadas e incluso directas como viene representado por la doctrina de la “buena fe”. Toda esa actividad jurisprudencial de nuestros Tribunales (TC y TS) ha tenido una notable inspiración en conceptos, términos y doctrina.

²³ C. FIDALGO GALLARDO. *Idem.*, p. 49.

La actual configuración de la regla de exclusión es hoy el resultado del proceso de integrar diversos elementos dispersos pero que han ido formando un complejo entramado de derecho jurisprudencial conforme los nuevos pronunciamientos judiciales abordaban nuevos aspectos y resolvían aquellos problemas que se le planteaban²⁴.

Desde el caso *Weeks v. United States*, decidido en 1.914, el Tribunal Federal estadounidense ha dictado un cúmulo de sentencias que han supuesto modificaciones sustanciales a la regla, precisando los presupuestos de su aplicación y el ámbito sustantivo al que se extiende, con una definición más aguda de sus perfiles o reconsiderando los fundamentos y resultados de anteriores decisiones a la luz de las circunstancias sobrevenidas. Como es propio de los sistemas de Common Law, -según han evolucionado en los dos últimos siglos- la configuración de las normas e instituciones del derecho jurisprudencial no es el resultado de un análisis que se aborda en abstracto y con pretensiones de contemplar sistemáticamente el ámbito a regular en todos sus elementos. El derecho jurisprudencial se va formando a medida que los Tribunales van adoptando decisiones en casos particulares que a la vez que resuelven el litigo concreto, adquieren la categoría de precedente con respecto a litigios posteriores en los que se tomen en consideración cuestiones análogas.

Este carácter no planificado de la formación del derecho jurisprudencial resalta especialmente en el caso del conjunto de reglas y principios que se cobijan y refugian bajo la rúbrica general de la *exclusionary rule*. Tanto los

²⁴C. FIDALGO GALLARDO. Op.cit. p. 49

fundamentos constitucionales de la regla y teniendo en cuenta sus perfiles concretos, como la improvisación y los vaivenes en el criterio jurisprudencial han sido las señas de identidad de un proceso²⁵. Por eso se ha dicho que el conjunto de reglas jurisprudenciales que configuran la regla de exclusión es un auténtico caos y que a lo máximo que se puede aspirar en la actualidad es intentar que este caos esté controlado, según expresa J.R. WEISBERGER²⁶.

4. Perspectiva histórica de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia norteamericana

En el país americano una de las medidas procesales más debatidas dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es la regla que ordena la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales -conocida como «*exclusionary rule*»- en un juicio penal. Es sabido que ésta establece que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, como resultado de una violación de las Enmiendas Cuarta, Quinta o Sexta de la Constitución de los Estados Unidos no pueden ser presentadas en un juicio penal con el propósito de establecer la culpabilidad de la persona cuyos derechos han sido vulnerados. Si un tribunal admite pruebas sujetas a la regla, se requiere que se ordene un juicio nuevo -tiene

²⁵ El Juez Potter Stewart comparó con la construcción de una montaña rusa con las cabinas en marcha, a la que se van añadiendo nuevas piezas a los raíles justo en el momento de evitar la catástrofe.

²⁶ J.R. WEISBERGER. *The exclusionary rule: Nine authors in search of a principle*”. 04 1972 - Volumen 263 - Número 4 ed. Cirbejure. 1972. Lima (Perú) p.34.

efecto devolutivo- a menos que el Ministerio Fiscal establezca, más allá de una duda razonable, que el error no tuvo un efecto negativo en el juicio²⁷.

La regla ha evolucionado desde que fue inicialmente establecida a finales del siglo pasado XIX. La Corte Suprema ha reconocido el impacto nocivo que la aplicación absoluta de la misma tiene sobre la confianza del pueblo en el Poder Judicial y ha desarrollado una serie de excepciones a su aplicación automática.

Entre ellas, algunas de las más importantes son las que requieren legitimación procesal -capacidad para objetar la presentación de pruebas-; actuación policial de buena fe y el uso de prueba para demostrar la falta de credibilidad de testigos.

Además, el Tribunal Supremo Federal ha rehusado extender la aplicación de la regla a otros tipos de procesos más allá de los penales y ha diferenciado su aplicación para violaciones al derecho de intimidad en registros y detenciones y confesiones que violan las *reglas Miranda* (derechos de los detenidos). El proceso evolutivo ha sido difícil y, en lugar de reducir las críticas a favor y en contra, ha suscitado aún mayor debate entre los que la apoyan y los que abogan por abolirla.

Esta pauta o regla se dictó por primera vez en *Weeks v. United States*. (1.914)²⁸. Este pronunciamiento es comúnmente conocido como el que *da*

²⁷ L. SALAS CALERO. “Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias” en J.L. Gómez Colomer (Coordinador) *Prueba y Proceso Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.* p. 2.

²⁸ Debemos advertir, no obstante, que sus orígenes se remontan al asunto *Boyd v. US* (1886), que se refería a unas importaciones ilegales en que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal.

origen a la regla de exclusión y parcialmente se basa en el poder que tiene el Tribunal Supremo Federal de supervisar a los tribunales inferiores y en su deber de respaldar la integridad del órgano judicial.

El Tribunal en dicho caso expresa que «*Si aceptáramos esta actuación - refiriéndose al allanamiento sin orden judicial por el policía federal- estaríamos afirmando por orden judicial un acto, o negligente, o en desafío a las prohibiciones de la Constitución cuyo objeto es la protección del pueblo contra actuaciones arbitrarias como esta*».

Esta concepción del Tribunal, como guardián de la integridad judicial, impide, por lo tanto, que las resoluciones judiciales se basen en elementos probatorios que fueron obtenidos por medios inconstitucionales.

El razonamiento del Tribunal Supremo americano en *Weeks* (1914) difiere del que predomina actualmente dado que en el caso conocido como “*Weeks*”, la Corte Suprema estableció una medida reparadora que afectaba al acusado directamente, la devolución de los objetos incautados ilegalmente al detenido y no usarlos en su contra, mientras que el objetivo actual de la regla es prevenir que en el futuro se cometan violaciones similares por parte de la policía. Bajo este planteamiento, el daño causado por la violación al derecho a la intimidad no puede ser reparado por una orden judicial posterior. Las violaciones al derecho a la intimidad son irreversibles y por lo tanto irreparables.

La exclusionary rule actualmente se concibe como un recurso establecido judicialmente para proteger los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda de la Constitución por su efecto disuasorio y no puede ser vista

como una medida reparadora del daño personal sufrido por el sujeto que fue objeto de la detención o registro ilegal²⁹.

Este recurso contra la violación de un derecho fundamental es novedoso en la historia de la jurisprudencia anglo-americana.

Anteriormente, las víctimas de un abuso policial podían presentar una demanda civil por daños y perjuicios causados por la actuación ilegal pero no podían solicitar la exclusión de las pruebas obtenidas mediante una acción penal. Es más, en el caso de *Adams v. New York*, decidido en 1904, la Corte Suprema rechazó el argumento constitucional que requería la exclusión de pruebas. Sin embargo, diez años más tarde, la Corte Suprema en *Weeks* rehusó aplicar el razonamiento que había prevalecido anteriormente. Aunque *Weeks* solamente solicitaba la devolución de su propiedad, el resultado fue el mismo que la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. Este resultado, no obstante, no prohibía que el Ministerio Fiscal obtuviera una orden judicial para incautar los objetos devueltos al detenido y así usarlos en su contra. Esta fue también la controversia suscitada en el caso de *Silverthorne Lumber Company v. United States*.(1920)³⁰.

²⁹ Entendemos que este recurso judicial también protege las vulneraciones de otros “derechos fundamentales” de los EE.UU. incluidos en la Quinta, Sexta y 24 Enmiendas, si bien sus comienzos se hallaban dentro de los derechos de la Cuarta Enmienda.

³⁰ En el mismo día en que *Silverthorne* fue detenido, la policía allanó las oficinas de su compañía y sustrajo documentos y otras pruebas. El acusado presentó un recurso solicitando la devolución de los documentos basándose en la decisión de *Weeks*. El tribunal ordenó la devolución pero previamente a la restitución, el Ministerio Fiscal los copió e intentó presentarlos como prueba en su juicio penal. La Corte Suprema rechazó la interpretación de *Weeks* sobre la cual el Ministerio Fiscal había intentado introducir las pruebas señalando que, si así lo hiciera, la protección constitucional solamente afectaría a la posesión física de los bienes pero no impediría que el Ministerio Fiscal se beneficiara de su actuación ilegal. Si lo anterior se permitiera, sostuvo el Tribunal, «la protección de la cuarta enmienda se reduciría solamente a meras palabras en un documento». Permitir que una prueba ilícitamente obtenida se presente en un juicio agravaría el daño original.

En el caso *Silverthone*, precedente histórico que instauró la *doctrina del árbol envenenado*, el acusado presentó un recurso solicitando la devolución de los documentos basándose en la decisión de *Weeks*. A raíz de este caso la Corte Suprema prohibió que se utilizara la prueba en cualquier acción penal aunque la prueba podría ser admitida siempre que el Ministerio Fiscal estableciera que se obtuvo conocimiento de la misma por un medio independiente a la violación constitucional original. Eventualmente, el razonamiento de la Corte Suprema dio lugar a la que actualmente es conocida como la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Uno de los problemas que suscita el razonamiento defendido en el precedente *Weeks* es que no es aplicable a pruebas que en sí son ilícitas. Así, por ejemplo en supuestos de contrabando o drogas, por ejemplo, se prohíbe al Ministerio Fiscal que devuelva al acusado el bien incautado. Si prevalece un argumento basado en el establecimiento de un recurso para remediar un daño causado por un acto ilegal del Ministerio Fiscal, la prueba que en sí es ilícita no puede estar sujeta a este remedio. Sin embargo, si el recurso está basado en una vulneración de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal estaría imposibilitado para beneficiarse de su acto ilegal.

Dada su estructura federal, otro problema específico de los Estados Unidos, fue el abordado en el caso de *Rochin v California* (1952), U.S. Supreme³¹. Tres años antes en el caso de *Wolf v. Colorado* (1949), la Corte

³¹ L. SALAS CALERO."Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias". En J.L GÓMEZ COLOMER(coord..) *Prueba y Proceso Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 4.

Suprema había permitido que se usaran en un juicio estatal pruebas obtenidas ilícitamente por agentes federales, las cuales no podían ser presentadas por las autoridades federales en un juicio federal. Al rechazar la aplicación de la regla de exclusión, la Corte Suprema reconoció la severidad de tal medida y en dicho sentido declara «*La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas es un recurso que sirve solamente para proteger a aquéllos sobre cuya persona o propiedad se han encontrado pruebas que los incriminan*».

La Corte Suprema reconoció que la exclusión de dichas pruebas pudiera tener un efecto disuasivo sobre la policía. Sin embargo habida cuenta de los costos de su exclusión, no forzó a los Estados a cumplir esta norma dado que existían otros mecanismos para salvaguardar los derechos de los acusados, y al respecto estableciendo la premisa que la regla emanaba del poder que tenía la Corte Suprema para regular los procesos judiciales federales, pero no estatales, ya que el fundamento de la regla de exclusión era procesal y no constitucional

Sin embargo, en 1961, el Tribunal Supremo Federal revocó la sentencia de *Wolf en Mapp v. Ohio* y aplicó la misma regla de exclusión tanto a juicios estatales como a procesos federales. La Corte Suprema en el caso *Mapp* reiteró que el propósito de la regla de exclusión era disuadir conductas ilegales al privar a las autoridades del beneficio que conllevaba la actuación ilegal. La Corte Suprema concluyó que el único medio efectivo para prevenir tal conducta era retirar el incentivo de la misma.

La disuasión de conductas impropias futuras de la policía (*deterrent effect*) se convirtió así en la justificación principal para la regla de exclusión aunque la Corte Suprema reiteró que su decisión estaba basada en la necesidad de proteger la integridad del órgano y proceso judicial. En este caso, la Corte Suprema se mostró anuente a aplicar la regla porque «el delincuente sale libre, si es necesario, pero es la ley la que lo libera».

Sin embargo, al ponderar este hecho con el coste que conlleva la admisión de actuaciones inconstitucionales de la policía, el coste mayor es el de la integridad judicial, ya que según enuncia el Tribunal «*nada puede destruir un gobierno más rápidamente que el no observar sus propias leyes, o peor aún, ignorar la Constitución que justifica su propia existencia*».

Al decidir que la exclusión de pruebas obtenidas por medios ilícitos emanaba de la Cuarta Enmienda de la Constitución y no era simplemente una medida procesal establecida por el Tribunal Supremo bajo su poder de regular los procesos en tribunales inferiores, la Corte Suprema previno que el Congreso dictara una legislación que revocara la regla establecida por la Corte Suprema.

Asimismo, la Corte Suprema en el caso *Mapp* decidió que éste era el único medio de prevenir conductas ilegales, rechazando otros instrumentos alternativos como la acción civil por daños³².

La observancia fiel de la regla constitucional establecida en *Mapp* habría supuesto su establecimiento como un recurso absoluto sin excepciones. Sin embargo, la Corte Suprema en decisiones posteriores ha venido *rechazando*,

³² L. SALAS CALERO , Ibíd., p.5

aunque implícitamente, el argumento de que la regla de exclusión emana de un derecho fundamental y ha establecido diversas excepciones a la misma.

En el primer asunto en el que el Tribunal Supremo Federal examinó el tratamiento de la regla como derecho fundamental, el Tribunal rechazó el argumento de que la regla debería ser aplicada retroactivamente en tanto que semejante aplicación conllevaría un nuevo enjuiciamiento para todos aquellos que estuvieran en prisión y en cuyo procesamiento se hubieran utilizado pruebas ilícitas. Si éste es un derecho fundamental, los presos argumentaron, que todas las sentencias previas a la decisión deberían ser revocadas. La Corte Suprema podría haber rechazado el argumento de los reclusos objetando que el establecimiento de nuevos derechos no puede tener efectos retroactivos. Sin embargo, el Tribunal parece haber modificado su criterio al decidir que «*la vulneración de la intimidad en el hogar a causa de un registro inconstitucional no puede ser reparada*» por la aplicación retroactiva de la decisión de *Mapp*³³.

En casos posteriores el Tribunal Supremo Federal limitó el efecto de la regla y la interpretó como un remedio a un mal y no como un derecho. La exclusión de la prueba, bajo esta concepción, no puede reparar el daño causado como consecuencia de la vulneración del derecho a la intimidad sino que debe ser aplicada en aquellos casos en los que la utilización de la misma tenga un efecto disuasorio. La Corte Suprema en *United Status, v. Leon*,

³³ *Mapp v. Ohio* (1961) La policía no tenía orden para registrar la casa propiedad de Mapp, había actuado de forma inadecuada al hacerlo. Cualquier prueba incriminatoria encontrada durante el registro debía, por tanto, ser expulsada del proceso y de su valoración. Si la cuarta enmienda no limita las prerrogativas de la policía en el Estado a nivel local tendrían un mandato más amplio para la práctica de los registros. La regla de exclusión que se aplica en los tribunales federales también debería aplicarse a los procedimientos judiciales del Estado.

rechazó la tesis de aquéllos que sostenían en sus estudios y criterio que la regla era un requisito impuesto por la cuarta enmienda constitucional decidiendo que la cuarta enmienda, en sí, no prohíbe la presentación de pruebas obtenidas ilícitamente en todo tipo de procesos judiciales³⁴.

La violación de la Cuarta Enmienda se produce por la detención o registro ilegal y su uso posterior en un juicio no constituye una nueva vulneración del derecho a la intimidad. La Corte Suprema, en su decisión, estableció la exclusión como un remedio a un acto ilegal que no alivia el daño ya causado, expresando que la regla de exclusión de pruebas ilícitas es un recurso establecido por el Poder Judicial para proteger los derechos establecidos en la cuarta enmienda por medio de su efecto disuasivo y no es un derecho personal del individuo afectado.

Cabe concluir que el Tribunal Supremo Federal en la actualidad, no concibe la regla de exclusión como un requisito constitucional. Bajo este concepto, la decisión de aplicar la regla en un caso particular es una cuestión distinta a la de la violación de un derecho de la cuarta enmienda. La regla es una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costes que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos.

El abandono del principio de «*integridad judicial*» como la justificación principal para la aplicación de la regla de exclusión y su sustitución con el propósito de prevenir una conducta policial futura impropia –disuasión- ha

³⁴ En el caso Leon su aplicación únicamente debía producirse en aquellos casos en que los beneficios derivados de ello fuesen claramente superiores a sus costes sociales. Fue el momento en el que se enunció la *good-faith exception* de los agentes policiales como límite a la regla de exclusión.

tenido un impacto importante sobre el desarrollo de la regla. La aplicación del concepto de integridad judicial implica una prohibición casi absoluta del uso de pruebas obtenidas ilícitamente ya que, bajo el principio de integridad judicial, la presentación de una prueba obtenida ilícitamente haría del Poder Judicial un cómplice en la violación de la Constitución y agravaría el daño causado por la violación constitucional original.

Al rechazar dicha prueba, el Poder Judicial reafirma la importancia del principio constitucional y emite una regla clara y consistente. Este concepto no permite diferenciación entre una violación intencional y una no intencional ya que cualquier violación mancillaría el proceso.

Tampoco se permitiría un análisis constitucional basado en sopesar el valor probatorio de una prueba contra el daño constitucional causado para determinar la aplicación de la regla de exclusión. Por lo que la aplicación del principio de disuasión, según la doctrina del Tribunal Supremo Federal, tiene como resultado que se excluyan pruebas ilícitas en menos casos que bajo el principio de integridad judicial.

5. Influencia de la regla de exclusión en el sistema penal

El impacto de la regla sobre el sistema de justicia penal es considerable. Se ha estimado que aproximadamente 10.000 personas acusadas por delitos graves y 55.000 por delitos menos graves evaden una sentencia

condenatoria por haber logrado excluir una prueba fundamental de su proceso³⁵.

Aunque esta cifra parece ser alarmante, muchos de los que han estudiado este tema han concluido que, en la práctica, la exclusión afecta al resultado del caso en pocas situaciones. THOMAS Y DAVIES, uno de los expertos más conocidos en este tema, por ejemplo, ha presentado resultados de estudios que demuestran que solamente entre 1.5 y 2% de los casos de la totalidad de detenciones son comprometidas por la aplicación de la regla³⁶.

Aún en aquellos casos en los cuales determinadas pruebas son excluidas, muchos de ellos acaban en fallos condenatorios por la existencia de otras pruebas de culpabilidad.

SALAS CALERO analizó 15 estudios sobre la efectividad de la regla y concluyó que la mayoría de los policías no están muy bien informados de la aplicación de la regla y sus excepciones por lo que el efecto disuasivo de la misma es cuestionable³⁷.

Sobre la motivación de los policías para cumplir con las normas relacionadas con pruebas obtenidas de acuerdo a los requisitos de la Cuarta Enmienda a la Constitución, la mayoría de los estudios revelan que los policías apoyan la regla pero se quejan que interfiere con la labor policial³⁸. Todos los autores están de acuerdo en que la aplicación de la regla contribuye a la

³⁵ US. Supreme Court(Estadísticas 2009, exclusionary rule impact)

³⁶ THOMAS Y. DAVIES en testimonio ante el Senado de Estados Unidos, citado por: Donald Dripps, «The Case for the Contingent Exclusionary Rule,» 38 American Criminal Law Review 1, 2001. En nota 50.

³⁷ L. SALAS CALERO. Op. cit. p. 7.

³⁸ Título en Inglés. The Case for the Contingent Exclusionary Rule,» 38 American Criminal Law Review. Author: Dripps, Donald - Exclusion of evidence. 38 Nbr. 1, University of Minnesota Law School. January 2001

práctica policial de mentir en audiencias o juicios para establecer el cumplimiento con los requisitos constitucionales³⁹.

Otros costes de la aplicación de la regla son más difíciles de medir. Entre ellos se encuentran: una práctica comúnmente aceptada por policías de mentir, inclusive cometiendo perjurio, y conocida comúnmente en el argot la cultura anglosajona como «testimentir», para corregir errores en la detención o el registro. Otro de los costes de aplicación de la *exclusionary rule* sería una desmesurada importancia a la audiencia para excluir pruebas, lo que afecta el nivel de esfuerzo que el defensor le presta a la preparación del caso en todas las fases del proceso en los intervenga⁴⁰.

Asimismo, cabe destacar el daño causado al sistema procesal y judicial por la desconfianza que provoca en los ciudadanos ver que personas aparentemente culpables son exoneradas con base en lo que ellos entienden como detalles técnicos de escasa importancia.

A causa de lo expuesto y por estos motivos la regla ha sido objeto de numerosas críticas, inclusive por los miembros de la judicatura que la aplican diariamente. Los argumentos comúnmente a favor y en contra de la regla son los siguientes⁴¹:

³⁹ Entre otros Carmen R. Parcelli, «Twenty-Ninth Annual Review of Criminal Procedure: Introduction and Guide for Users: I. Investigation and Police Practices: The Exclusionary Rule», 88 Georgetown Law Journal 1043, 2000

⁴⁰ Comentaristas que han estudiado el tema han concluido que esta práctica es generalizada. Véase, por ejemplo: Gabriel J. Chin y Scott C. Wells, «The «Blue Wall of Silence» as Evidence of Bias and Motive to Lie: A New Approach to Police Perjury», 59 University of Pittsburgh Law Review 233, 1998; Cloud, «The Dirty Little Secret», 43 Emory Law Journal 1311, 1994; Myron W. Orfield, Jr., «Deterrence, Perjury, and the Heater Factor: An Exclusionary Rule in the Chicago Criminal Courts», 63 University of Colorado Law Review 75, 1992.

⁴¹ SALAS CALERO, L. Op. cit. p.7-9

Entre los argumentos a favor, se ha aducido, en primer lugar que la regla garantiza la integridad del órgano y del proceso judicial al impedir que decisiones judiciales estén basadas en actos y/o pruebas obtenidas con violación de derechos constitucionales; por otro lado la regla no tiene coste social ya que excluye lo que nunca debiera haber sido obtenido.

En otro orden la regla previene que el Ministerio Fiscal se beneficie de datos para su investigación que se han logrado quebrantando las Enmiendas.

Debe advertirse además como manifestación a favor que la regla es necesaria como mecanismo de disuasión que previene futuras violaciones al retirar el incentivo de su conducta a los agentes policiales. Hay varias justificaciones que fundamentan este argumento según veremos a continuación.

En primer lugar, la Constitución implícitamente requiere de mecanismos para controlar violaciones de derechos establecidos en ella y ya que el texto constitucional no establece tales mecanismos, los tribunales tienen la obligación de diseñarlos y aplicarlos de acuerdo con las circunstancias actuales. Otra justificación vendría dada porque las alternativas a la exclusión de pruebas (acciones civiles, procesos penales y disciplina policial administrativa) son insuficientes para prevenir una conducta incorrecta de los agentes policiales. Finalmente, la exclusión disuade tales conductas al retirar el incentivo policial de conseguir fuentes de prueba para justificar sus intervenciones en la detención de los delincuentes⁴².

⁴² Uno de los críticos más destaca a este respecto es Edwards, C (2000) *La prueba ilegal en el proceso penal*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, p. 25

Las razones que se utilizan en contra de la *exclusionary rule* se pueden fundar, en primer término, que en lugar de garantizar la integridad del órgano y el proceso, lo que hace es lesionar al prevenir que se logre el objetivo de todo proceso que es el descubrir la verdad. Por ello, así ante el pueblo, la aplicación de una regla que parece favorecer exclusivamente a los culpables y que impide que la totalidad de la verdad de los hechos se descubra, disminuye la confianza de la ciudadanía en el proceso penal y en el órgano que lo administra.

En segundo lugar cabe referir la existencia de razones sociales que nos muestran que cuando se halla culpable a un asesino es porque se pudieron presentar pruebas de cargo suficientes para su condena, no es solamente el Ministerio Fiscal el que se beneficia, sino la sociedad en general ⁴³.

Los críticos de la regla también rechazan el argumento que no hay coste en la aplicación de la misma ya que la prueba nunca hubiera sido obtenida. Esta justificación, afirman, no es siempre aplicable. Por ejemplo, en el caso en el que la policía opta por allanar una vivienda sin orden judicial porque pensaba que existía una excepción a la regla que prohíbe entradas y registros sin orden judicial. En este supuesto, la policía podía haber obtenido una orden judicial por lo que el culpable se beneficia del error policial⁴⁴.

⁴³ En el sistema procesal penal norteamericano existe lo que se denomina Principio de Oportunidad .Es una modalidad de justicia alternativa y negociada (conocida por *Plea Bargaining*) sustentada en el acuerdo previo entre acusación y defensa sobre una reducción de la pena en consonancia con la confesión del inculpado ante el Tribunal, el que dicta sentencia sin necesidad del contradictorio o debate en juicio, conforme a los efectos condenatorios convenidos, que siempre van a resultar de mucho menor gravedad que los correspondientes en caso de que prosperara los cargos que promovieron la acusación y quedaría en manos del jurado la decisión de culpabilidad y la fijación de la pena por el juez.

⁴⁴ Edwards, C Idem, p. 25.

Sobre el propósito disuasivo de la regla, argumenta DE MARINO R. y otros críticos que no se puede establecer que tiene ese efecto pero aunque lo tuviera se preguntan por qué se tiene que beneficiar el culpable. «*Si la prevención de futuras detenciones y registros ilegales es el objetivo de la regla que excluye las pruebas obtenidas ilícitamente, esta es una pobre solución* ⁴⁵».

Cuando se trata de cambiar o afectar conductas de los agentes de policía derivadas de la regla de exclusión nos encontramos con una tarea compleja y difícil, porque lo que planteamos en nuestro caso si es especialmente difícil cuando, como ocurre en muchos casos de detenciones y registros ilegales, la conducta es implícita o explícitamente aprobada por sus superiores jerárquicos y los ciudadanos.

Si no existe un fuerte desincentivo para prevenir la conducta impropia, ésta continuará. Por lo tanto, un sistema jurídico en el cual se sancione directamente al policía que cometió el acto o a su departamento, es preferible a la regla de exclusión ⁴⁶. Aunque hay multitud de versiones según el sistema jurídico de que se trate⁴⁷. No obstante entendemos que cualquiera de ellos tiene que tener los siguientes elementos para ser exitoso: 1) Una sanción económica dentro del ámbito administrativo del agente por violación de

⁴⁵ De Marino, R. Este autor recoge igualmente diferentes teorías en contra de la regla de exclusión. De Marino, R (1983) Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba. Primeras jornadas de Derecho Judicial. Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid,

⁴⁶ Armijo, G (1997) *Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal*. 1^a edición, San José; Colegio de Abogados de Costa Rica. p. 36.

⁴⁷ Nos referimos a la normativa propia de cada Estado de USA., teniendo en cuenta la diversidad y cantidad. Si bien fuera del territorio de EEUU se pudiera hacer extensivo a otros países que siguen la doctrina americana de la regla de exclusión, en función de su sistema jurídico.

derechos fundamentales, preferiblemente basada en un promedio del salario del policía que realizó el acto; 2) La responsabilidad civil personal del policía involucrado para aquellos policías que reinciden en violar derechos fundamentales dolosa o temerariamente; 3) La declaración de responsabilidad civil de los departamentos policiales que toleran dicha conducta; 4) La investigación por la vía penal y en su caso imputación al agente responsable de posibles ilícitos penales, en función del sistema jurídico donde se halle tipificado y se aplique⁴⁸.

Y finalmente el 5) que podría consistir en la asistencia legal gratuita para representar a las personas que se quejen y se vean afectadas de violaciones de la cuarta enmienda.

En uno de los casos más recientes de aplicación de la regla que nos ocupa, la Corte Suprema reiteró la aversión y resistencia de Tribunales a excluir pruebas prohibidas en juicios penales⁴⁹. Esto puede significar que las tendencias actuales se hallan en la línea de proteger a la sociedad y favorecer la seguridad de los ciudadanos en contra de garantizar los derechos fundamentales.

En el ámbito del sistema judicial anglosajón, y el caso de EEUU - en especial la Cuarta Enmienda- existen unos últimos precedentes reiterados e influyentes fuera de su territorio, que en los últimos tiempos creemos con base en las investigaciones y estudios jurisprudenciales que hemos llevado a cabo,

⁴⁸ En EEUU. resulta inusual que se impute y juzgue a un agente de policía por haber vulnerado derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas. Los casos que llegan a la Fiscalía se archivan sistemáticamente dado que el principio de oportunidad les permite a los fiscales adoptar estas decisiones. Por otro lado existen pactos "ad hoc" para estos supuestos entre los diferentes Departamentos o Agencias implicadas y la Fiscalía.

⁴⁹ (En *Hudson v Michigan-2006-*)

que por un efecto dominó globalizado se está extendiendo por muchos países democráticos, tanto de América como continentales, y uno de ellos es España, dado lo que puede observarse en algunas Sentencias. La doctrina de éstas y su aplicación comparativa se verá en el capítulo dedicado a España. Y por cierto, existen tesis jurisprudenciales análogas en nuestro país, algunas ya dictadas hace varios años⁵⁰.

Declara esta Sentencia del caso Hudson - en detrimento de los derechos fundamentales del proceso penal- que la exclusión de la prueba, sin embargo, ha sido siempre el último recurso, no el primer impulso. La Regla de Exclusión genera «costes sociales sustanciales» que, algunas veces, incluyen la liberación de un culpable y que el peligroso esté suelto⁵¹.

En otro párrafo la Sentencia afirma que “*consecuentemente hemos sido cautelosos en contra de la expansión y repetidas veces hemos enfatizado que la regla implica el pago de un costoso peaje en la búsqueda de la verdad y que los objetivos de la aplicación de las leyes presentan un obstáculo para aquellos que abogan por su aplicación*”.

Seguidamente, la resolución analizada expresa que ha rechazado una «aplicación indiscriminada» de la regla y sostenido que esta se aplica solo «*cuando se ha pensado que su objetivo correctivo tiene un eficiente efecto*», esto es, «*cuando sus beneficios ejemplarizantes tienen mayor peso que su costes sociales sustanciales*.”

⁵⁰ El caso *Hudson v Michigan* -2006- y otro posterior serán objeto de un comentario crítico y ampliación aparte en otro epígrafe de este trabajo.

⁵¹ 547 U. S. 586 (2006)

Para justificar doctrinalmente su nuevo criterio a continuación expone el Tribunal, que no se ha pronunciado siempre de manera tan protectora indicando al respecto que en el caso *Mapp*, sugiere un marco amplio de la Regla de Exclusión. Por tanto toda prueba obtenida en entradas, registros y decomisos realizados en violación de la Constitución es inadmisible en un tribunal estatal, matizando que ya desde hace mucho tiempo ha rechazado ese enfoque, exponiendo que «*el determinar si la imposición de la sanción de exclusión es aplicada correctamente en un caso particular... es un tema separado de la determinación de si ha habido violación de los derechos establecidos en la Cuarta Enmienda de la parte recurrente en razón de la conducta de la policía»*

6. El recurso de *certiorari*

Merece la pena detenernos, aunque sea brevemente, en este recurso extraordinario, dado su destacado interés para el tema de *la exclusionary rule*, puesto que la mayoría de Sentencias del Tribunal Supremo Federal que han creado el precedente o Jurisprudencia tienen su origen y cauce procesal en el recurso de *Certiorari*⁵²:

El Certiorari es un medio de impugnación que puede interponerse contra las resoluciones estatales y se revisan ante el Tribunal de Apelaciones- existen

⁵² Es conocido que *certiorari* (o *cert.*) procede del latín "ser informado". Cada año se presentan centenares de casos que solicitan al Tribunal Supremo en procura de un "writ of *certiorari*" Existen menos del uno por ciento de estos casos que se aceptan para ser revisados. En promedio, el tribunal atiende argumentos del orden de unos 120 casos.

varias circunscripciones o circuitos en EE.UU. y tienen ámbito federal- Las Sentencias finales del Tribunal de Apelaciones se recurren al Tribunal Supremo, utilizando también un recurso de *Certiorari*.

Es menester examinar minuciosamente el Reglamento del Tribunal ante el cual se pretende interponer el recurso ya que en función de cada Reglamento existen unos requisitos reglados y estrictos que si no se cumplen, la jurisdicción del Tribunal para entender en el caso queda limitada ya que el recurso de Certiorari, contrario a la Apelación, es discrecional, quedando en cierto modo al albur de cada tribunal.

Esto implica que el Tribunal de mayor jerarquía no está obligado a considerarlo, pues los nueve Magistrados que componen el TSF(Tribunal Supremo Federal) tienen capacidad para decidir sin control alguno de qué asuntos van a conocer y antes de decidir si va a entrar en los argumentos del recurso tiene que sopesar ciertos factores como la importancia del caso para la enmienda que se invoca vulnerada, la trascendencia social y en especial la posibilidad de contradecir o de crear un nuevo precedente.

En los casos penales, una vez que se presta la fianza en apelación, la presentación de una solicitud de *Certiorari* para que se revise una sentencia condenatoria suspenderá la ejecución de la sentencia, excepto cuando la sentencia recurrida disponga que la parte declarada culpable quede en libertad condicional, no se admita la prestación de fianza o una ley especial disponga que no se suspenderá la efectividad. Mientras se sustancie el recurso de

Certiorari, el tribunal sentenciador conservará su facultad y competencia para modificar las condiciones de la libertad condicional o para revocarla.

La regulación del certiorari se halla en La Sección 2 del Artículo III de la Constitución de Estados Unidos, que otorga al Tribunal Supremo jurisdicción original para actuar como tribunal de primera instancia, pero sólo lo hace en un número de casos muy limitado, como los que involucran disputas fronterizas entre los Estados. La función principal del Tribunal es ejercer jurisdicción de apelación sobre los fallos de los tribunales inferiores sobre cuestiones legales federales comunes y constitucionales. La Constitución autoriza al Congreso a reglamentar esta jurisdicción de apelación⁵³.

7. Uso de pruebas obtenidas ilícitamente en otros procesos

La misma consideración que justifica la excepción de buena fe ha sido aplicada al evaluar si las pruebas obtenidas ilícitamente deben ser excluidas en otros procesos. La Corte Suprema ha permitido la presentación de estas pruebas ya que el propósito de la regla de exclusión consiste en disuadir las conductas impropias de los agentes de policía en la preparación de procesos penales. El coste de aplicar la regla de exclusión en estos procesos sobrepasa el beneficio obtenido por su aplicación.

⁵³ En raras ocasiones el Tribunal Supremo Federal es un “tribunal de primera revisión” – no dictamina en cuestiones de hecho, excepto en disputas entre Estados o con otra nación. La vasta mayoría de su trabajo involucra apelaciones de decisiones de tribunales inferiores que, por lo general, implican cuestiones de federalismo (el alcance de la autoridad del gobierno federal) y *constitucionalidad* (si la decisión de un tribunal inferior está de acuerdo con la Constitución de Estados Unidos)

Análogo razonamiento ha permitido el uso de pruebas ilícitas en procesos para revocar la libertad condicional y en procesos de las autoridades de inmigración cuyo resultado puede ser la expulsión del inmigrante de Estados Unidos.

En cuanto a los procesos civiles, el Tribunal Supremo Federal ha decidido que la regla no debe ser aplicada.

Una excepción a esta regla general, que limita la aplicación de la norma de exclusión a los procesos penales, se da en los casos de decomiso. Así, por ejemplo, en el asunto de *One Plymouth Sedan v. Pennsylvania*-1965-, la Corte Suprema decidió que la aplicación de la regla a un decomiso tendría el efecto de beneficiar al cuerpo policial por la sustracción de los bienes como resultado de una acción en violación de derechos fundamentales⁵⁴. Esto afectaría negativamente al propósito de la regla de disuasión de futuras conductas impropias. Se debe hacer notar que el mismo argumento no se aplica a aquellas situaciones en las que el bien producto del decomiso es en sí mismo ilegal, por ejemplo, drogas. En estos casos los bienes pueden ser decomisados y la regla de exclusión resulta inaplicable.

⁵⁴ En 1958 *Un sedán de Plymouth v. Pennsylvania* 380 U.S. 693 (1965), la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaminó que a una confiscación civil no se puede aplicar la regla para invocar que las prueba de la confiscación fue obtenida ilegalmente. Unos agentes de policía siguieron al vehículo sospechoso. Sin una orden de detención se realizó un registro. El coche fue capturado, y el Estado también intentó confiscar el automóvil como una sanción civil. La Corte Suprema dictaminó que la Cuarta enmienda de protección contra registros, aplicable a los Estados por la Decimocuarta enmienda, se aplica a acciones civiles por los Estados, así como en los penales. Expresa que se puede estar sujeto a una pena aún peor en un procedimiento civil, donde los daños y perjuicios podrían ser superiores que en una causa penal.

IV. EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL: CREACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

A. EXCLUSIONARY RULE Y LA CUARTA ENMIENDA.

1. Primer Precedente del Tribunal Supremo Federal sobre la doctrina de los frutos *del árbol envenenado*

La Cuarta Enmienda protege a una empresa y a sus empleados de la entrega obligatoria de los libros de contabilidad y documentos para utilizarlos contra ellos en un procedimiento penal. La información que contenían las citaciones fue obtenida por el Gobierno por medio de un registro anterior inconstitucional e incautación de documentación, planificado y desarrollado por sus funcionarios con el pretexto de una supuesta laguna legal en la Cuarta Enmienda.

La conocida doctrina americana de los frutos del árbol envenenado surge por primera vez en el caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States* (1920), aunque no se acuñó la expresión equivalente en inglés “*fruit of the poisonous tree doctrine*” hasta la sentencia *Nardone v. United States* (1939).

En origen versa sobre la protección de los derechos fundamentales de la Cuarta Enmienda. Según ésta se otorga amparo a una sociedad mercantil y a sus empleados ante el requerimiento del Tribunal de una entrega obligatoria de los libros de la sociedad para ser utilizados en el procedimiento criminal abierto contra ellos. Las citaciones y diligencias iniciales contenían datos ilegítimos que derivaban del conocimiento del Gobierno obtenido por una previa entrada y

registro inconstitucionales, que fueron dirigidos y ejecutados por sus agentes de policía bajo el auxilio de un mandamiento judicial nulo⁵⁵.

Los dos Silverthorne, padre e hijo, fueron detenidos a primera hora del día en sus domicilios y retenidos en custodia durante unas horas. Mientras los dos estaban detenidos, representantes del Ministerio de Justicia y un Agente de Policía (*Marshall*) de los EE.UU., únicamente amparados en su autoridad registraron las oficinas de su Empresa y se incautaron de todos los libros, papeles y documentos que encontraron. Todos los empleados y documentación fueron trasladados a las Oficinas del Fiscal del Distrito de los EE.UU.

La Sentencia del T. S. de EE.UU. de 1920, en uno de sus argumentos expone: *"Aunque desde luego el registro fuese una acción intolerable que el Gobierno ahora lamenta, le permitió estudiar los documentos y papeles antes de devolverlos, copiarlos, y por tanto pudo hacer uso ilegal de su conocimiento que obtuvo de los dueños cuando los citó de tan singular manera para aportarlos. La protección de la Constitución cubre o incluye la posesión física pero no ventaja alguna que el Gobierno pueda adquirir bajo la intención o pretexto de su investigación por llevar a cabo una acción o hecho prohibido."*

⁵⁵ El Tribunal Supremo revocó la Sentencia del Tribunal de Distrito(Tribunal Federal), que había condenado al Sr. Silverthorne a una multa de 250 dolores por desacato al Tribunal. Tal desacato consistió en negarse a obedecer las citaciones del Tribunal que ordenaban al acusado e hijo la entrega de libros y documentos de la sociedad ante el Gran Jurado y ser utilizados con respecto a la pretendida infracción de las Leyes de los EE.UU. El motivo de tal negativa era que la orden o mandamiento del Tribunal infringió los derechos de la parte establecidos en la Cuarta Enmienda.

Afirma en otro razonamiento que "...en nuestra opinión la Ley no recoge cómo ha actuado el Gobierno, ya que en este caso reduce la Cuarta Enmienda a una serie de palabras". Añade declarando que "La esencia de una disposición que prohíbe la adquisición de una prueba de tal modo no se trata de que esa prueba así obtenida no sea utilizada ante el Tribunal sino que no deba ser usada en absoluto".

Expresa el Tribunal que " si el conocimiento de los hechos se obtiene de una fuente independiente puede ser válido como prueba, pero el conocimiento que obtuvo el Gobierno fue derivado de su propia actuación ilegítima y no puede ser usado de la manera propuesta".

Al no lograrse la documentación por esa primera vía, la policía con "mandato de su propia autoridad" procede a la entrada y registro de las oficinas, mientras que también se produjo la detención temporal de los imputados, que se aprovecha para incautarse toda clase de documentos que facilitase la investigación, aunque posteriormente se devolviese.

El Tribunal concluye que el registro fue nulo y las fuentes de prueba obtenidas en el mismo- libros y documentación- igualmente poseen un carácter ilícito por derivar del registro previamente nulo. Es decir la prueba directa vendría dada por el registro nulo y la refleja o derivada por los documentos e información contenida en éstos.

Así planteado, el árbol envenenado o ponzoñoso vendría constituido por el registro nulo, mientras que la información obtenida de la documentación intervenida ilegalmente constituirían los frutos contaminados del árbol.(p.refleja)

La cuestión en este caso es si el conocimiento obtenido de las pruebas derivadas de las pruebas ilegales (copias de los libros por los agentes de policía) son admisibles en los tribunales. El fallo consistió en que si se permitían las pruebas derivadas estimularía a la policía para eludir la Cuarta Enmienda, por lo que la prueba ilícita de los libros copiados aportados al Tribunal se llevó a cabo de forma contaminada e inadmisible. Este precedente se conoce como fruto del árbol venenoso y es una extensión de la regla de exclusión aunque como ya se ha apuntado su acuñación tuvo que esperar hasta 1939.

2. Primer supuesto de intervenciones telefónicas en la historia del Tribunal Supremo de EE.UU.

En 1928 se dicta la primera Sentencia que aborda el tema de las escuchas u observaciones telefónicas ilegales en el caso histórico de *Olmstead v. EE.UU.* A nuestro juicio, esta resolución es muy sugestiva y acorde con los años en que fue emitida, aunque hay que expresar que ya existían otras opiniones disidentes que interpretaban dicha enmienda con la corriente de la época sobre el uso de las comunicaciones telegráficas y sobre todo telefónicas, las que, a la sazón, poseían casi medio siglo de vida y de evolución técnica.

El caso Olmstead se decidió en junio de 1928. Es ésta una sentencia del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en la que se examinó si el uso de las conversaciones de teléfono privado que habían interceptado los agentes federales sin autorización judicial y fue, posteriormente, utilizada como

prueba, constituye una violación de derechos del acusado que se incluye en la Cuarta y Quinta Enmiendas.

A tenor de la sentencia la conducta de los agentes federales consistió en utilizar unos cables muy finos, sin ninguna orden judicial, que los conectaron a los registros telefónicos de las personas investigadas, y sus conversaciones así grabadas en los Estados Unidos carecían en la época del tipo de protección constitucional propia de las comunicaciones postales⁵⁶. El Tribunal Supremo Federal afirmó en esta época que las escuchas telefónicas no están en el ámbito de protección de la Cuarta Enmienda⁵⁷.

Los demandantes fueron condenados en el Tribunal de Distrito Occidental de Washington, acusados de una conspiración para violar la Ley de Prohibición Nacional (27 USCA) por la posesión ilegal, el transporte e importación de licores intoxicantes(bebidas alcohólicas) y causar molestias por la venta de bebidas alcohólicas.(la Ley Seca). Algunos no fueron detenidos, otros fueron absueltos, y los demás se declararon culpables.

Las pruebas en los registros revelan una conspiración de extraordinaria magnitud en la importación, posesión y venta de bebidas alcohólicas

⁵⁶ *Olmstead v. Estados Unidos*. Este caso es el primero de escuchas telefónicas en la historia Tribunal Supremo; sucedió ocho años después de la Decimotercera Enmienda y se desarrolló en el contexto de la ley que prohibía la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas.(Ley Seca) Olmstead fue un contrabandista que había sido declarado culpable en gran parte por las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica. El Tribunal Supremo, en resumen, dice que las escuchas telefónicas no están en el ámbito de protección de la CUARTA ENMIENDA. Que ésta no se debe salir del sentido original que tiene.. En cualquier caso la interceptación del teléfono únicamente se halla protegido por Leyes elaboradas por el Congreso de Estados Unidos.

⁵⁷ En votación de 5-4 el Tribunal sostuvo que ni se viola la cuarta enmienda ni los derechos de la quinta enmienda de la parte demandada. Esta decisión se revocó en *Katz v. los Estados Unidos* en 1967.

ilegalmente⁵⁸. La información que llevó al descubrimiento de la conspiración y de su naturaleza fue obtenida principalmente por la interceptación de mensajes en los teléfonos de los sospechosos que llevaron a cabo cuatro agentes federales.

Las conexiones se efectuaron sin entrar en propiedad alguna de los demandados ya que la instalación para la escuchas tuvo lugar en el sótano del edificio de la sede central de oficinas. Las líneas de conexiones para las escuchas de las casas se hicieron en las calles próximas⁵⁹.

El Tribunal analiza la Cuarta y Quinta Enmiendas para canalizar su dictamen así como la cita breve de comentarios de otros precedentes, de modo que incide en el caso. *Boyd c. Estados Unidos*,(1886) que se refería a la información presentada por el Fiscal de Distrito en el Tribunal Federal en una causa de incautación y el decomiso (de 35 casos de placas de cristal) que

⁵⁸ Se trata de la implicación de no menos de 50 personas, de dos barcos para el transporte de bebidas alcohólicas de la Columbia Británica, de los buques más pequeños para el transporte costero por el estado de Washington, la compra y el uso de una sucursal más allá de los límites de los suburbios Seattle, local para almacenamiento subterráneo y un menor número de escondites de esa ciudad, el mantenimiento de una oficina central con los operadores, y el empleo de ejecutivos, vendedores, repartidores, despachadores, scouts, contadores, coleccionistas, y un abogado. Olmstead fue el principal conspirador y *el gerente general de la empresa que había hecho* una aportación de 10.000 dólares a la capital; aportó otros 11 \$ 1000 cada una. Los beneficios fueron divididos, la mitad a Olmstead, y el resto a los otros 11 socios. Había instalados teléfonos en las oficinas que la organización tenía en Seattle, en la casa del propio gerente y de los socios, y en otros lugares de la ciudad. Hablaban frecuentemente con Vancouver, Columbia Británica. En la oficina principal había siempre un jefe de servicio para recibir órdenes por teléfono. Los números de las llamadas de los teléfonos eran de probables clientes

⁵⁹ La reunión de pruebas continuó durante muchos meses. Las conversaciones de los sospechosos que se conservan en taquigrafía en buen estado en la actualidad, son testimonio de la prueba testifical del gobierno. Se pusieron de manifiesto las grandes transacciones comerciales de los socios y sus subordinados. Los agentes escucharon las conversaciones telefónicas en las que se daban las órdenes de licor por parte de los clientes, y de las aceptaciones, que se convirtieron en auditores de las conversaciones entre los socios. Se mostró al Tribunal la entrevista de Olmstead con miembros de la policía de Seattle, los mensajes que les garantizó la liberación de los detenidos miembros de la organización y también directamente promesas de los pagos a los agentes de policía tan pronto como se le ofreciera la oportunidad.

indicaba que el propietario importador estaba actuando con la intención de defraudar o evadir sus impuestos.

La Sentencia que se analiza enlaza con otro caso, el denominado *Gouled contra los Estados Unidos* (1921) cuyos hechos se resumen en nota siguiente⁶⁰.

El Tribunal Supremo Federal, al acomodar la relación de las dos enmiendas (4^a,5^a) estudiadas en el caso definido, menciona que “*No hay lugar en el presente caso para la aplicación de la Quinta Enmienda, a menos que la Cuarta Enmienda fuera violada. No hubo pruebas de la coacción para inducir a los demandados a que continuasen hablando desde sus múltiples teléfonos. Siendo así que continuamente de forma voluntaria se realizaban transacciones de negocios sin tener conocimiento de la interceptación. Nuestro examen debe limitarse a la Cuarta Enmienda*”.

En su argumentación se refiere el Tribunal a “*persona, casa, papeles y efectos.*”, ciñéndose al tenor literal de la Cuarta Enmienda, sin llegar a analizar

⁶⁰ 255 EE.UU. 298, 41 S. Ct. 261(1921). Los hechos son: Gouled y otras dos personas fueron acusadas de conspiración para defraudar a los Estados Unidos. Uno se declaró culpable y otro fue absuelto. Gouled fue procesado por error al no haber participado en los hechos investigados. Una de las cuestiones que se plantea el Tribunal inferior se refiere a la admisión como prueba de un documento subrepticiamente tomado de la oficina de la demandada por uno de los acusados, actuando bajo la dirección [277 EE.UU. 438, 462] de un funcionario del Departamento de Inteligencia del Ejército de los Estados Unidos. Gouled era sospechoso del delito investigado.

El Tribunal cita a su vez el caso *Agnello v. United States*, 269 US 20(1925) , 46 S. Ct. Agnello contra los Estados Unidos, 269 EE.UU. 20, 46 S. Ct. 4, 51 ALR 409. La admisión de este documento se consideró una violación de la Cuarta Enmienda. Se acogió a la Cuarta y Quinta Enmiendas alegando que fueron violadas por la admisión de las pruebas de contrabando de estupefacientes encontrados en la casa del acusado, a varias millas distantes del lugar de la detención, y después de ésta se apoderaron allí sin una orden judicial. En tales circunstancias, la incautación no se puede justificar como incidental a la detención.

e interpretar analógicamente otros conceptos derivados como pudieran ser el secreto de las comunicaciones postales o telegráficas ni la protección de la intimidad personal. Ahora bien, dado que éstos no figuran en ninguna de las enmiendas, cabe pensar, por un lado, que en 1928 no se vislumbrase, acorde con el momento histórico, la importancia de protección constitucional de las comunicaciones de cualquier clase entre los ciudadanos y su afección a los derechos fundamentales en el proceso penal. Visto desde otro ángulo no se concibe en la cultura protecciónista anglosajona que, después de cincuenta años de vida del teléfono, no se hubiesen dado elementos jurisprudenciales de protección por la vía del precedente a la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el país americano o bien su inclusión en alguna reforma de las enmiendas. Llama la atención que el concepto de intimidad personal-privacidad- sí fue desarrollándose por la Jurisprudencia años más tarde hasta que se legisló sobre la materia. Sin embargo, tampoco la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal se basó en la necesidad de proteger la intimidad para otorgar al acusado determinadas garantías protectoras dentro del proceso penal respecto de las comunicaciones telefónicas. Tampoco incluyó aquéllas en otras enmiendas, como la Primera, Tercera o Decimocuarta.

Opinamos que el criterio del Tribunal Supremo Federal constituyó una interpretación excesivamente literal- originalismo americano- pese al carácter amplio de las Enmiendas de la Constitución de EE.UU. y de sus derechos fundamentales ínsitos, aunque hay que tener presente, según hemos antes apuntado, que la protección al secreto de las comunicaciones postales o telegráficas ni la protección de la intimidad personal no figuraba en la Cuarta Enmienda .Pero bien pudo asemejar con cierta analogía la injerencia de los

poderes públicos en el ámbito privado que significa interceptar conversaciones telefónicas, pero ya hemos argumentado que históricamente(1928) tampoco se había desarrollado jurisprudencia sobre la intimidad-privacidad- con lo que el Tribunal Supremo Federal optó por el hermetismo puntual que a la sazón poseía el texto literal de la Cuarta Enmienda, que fue la que examinó.

El criterio doctrinal del Tribunal Supremo Federal, conforme al cual es preciso ceñirse en la materia que nos ocupa al contexto literal, puede analizarse en otro de los apartados de la Sentencia *Olmstead*, que expresa: “*El histórico propósito bien conocido de la Cuarta Enmienda, contra las órdenes y autos en general de registro, fue para impedir el uso de la fuerza gubernamental para buscar en la casa de un hombre, su persona, papeles, y sus efectos, y para evitar su incautación en contra su voluntad*”. Seguidamente, se remite al primer precedente de la *exclusionary rule* de 1886 cuando afirma “*Esta fase de la utilización indebida de los poderes de coerción son el énfasis de la opinión de la corte en el Caso Boyd*” añadiendo que “*La enmienda en sí demuestra que el registro e incautación ha de ser de las cosas materiales de la persona, la casa, los papeles, o sus efectos..*”

En esta misma línea argumental de interpretación fiel al texto constitucional (originalismo americano), el Tribunal Supremo Federal mantiene “*que Los Estados Unidos no tienen ese tipo de protección al telégrafo o al teléfono, como si fueran envíos de correo en cartas selladas. La enmienda no prohíbe lo que se hizo aquí. No hubo ningún registro. No hubo ninguna incautación. La prueba fue garantizada sólo por el uso del sentido oído. No*

hubo entrada de las casas u oficinas de los demandados.⁶¹ En la invención del teléfono hace 50 años, y su aplicación a los efectos de ampliar las comunicaciones, uno puede hablar con otra persona que se encuentre en un lugar lejano.”. Más adelante, en otro fragmento de su sentencia, el Alto Tribunal apostilla que “*el lenguaje de la enmienda no puede ser extendido y ampliado para incluir los cables telefónicos, para llegar a todo el mundo desde la casa del acusado o la oficina. La intervención de los cables no forma parte de su casa u oficina, están a lo largo de las carreteras en que se extienden*”⁶².

En otro párrafo se infiere que el Tribunal Supremo no pretende entrar a incluir la protección de las comunicaciones telefónicas en la Constitución, pues añade que el Congreso puede proteger el secreto de los mensajes de teléfono por legislación directa por lo que, cuando se interceptó, procedía la inadmisibilidad del recurso en los procesos penales federales, por tanto, apartarse de la ley común de las pruebas.

Declara, en definitiva, haciendo cesión de competencias al legislativo que “*los Tribunales no pueden adoptar una política de este tipo para la atribución de desarrollar una dimensión inusual y el sentido de la Cuarta Enmienda*”. Se argumenta y entiende que la persona que se instala en su casa un teléfono tiene la intención y propósito de que su voz se difunda bastante más allá de su casa, de manera que los comunicados, por tanto, al pasar por los cables, no

⁶¹ [277 EE.UU. 438, 465, 1928]

⁶² Se remite al procedente *Carroll v. Estados Unidos*, 267 EE.UU. 132, 149, 45 S. Ct. 280(1925), 284 (69) L. Ed. 543, 39 ALR 790) en el que Tribunal declaró: “La Cuarta Enmienda se interpretará en un sentido y a la luz de lo que se consideró razonable en el reconocimiento y redacción del momento de su adopción, y de manera que se conserven los intereses públicos, así como el interés y los derechos de los ciudadanos.”

están dentro de la protección de la Cuarta Enmienda. Según el Tribunal Supremo, los policías que interceptaron los teléfonos y practicaron las escuchas actuaron conforme a la ley ya que los agentes federales no estaban en el interior de las casas ni oficinas de ninguno de los interlocutores y partes de las conversaciones.

Por lo tanto, afirma el Tribunal Supremo Americano, que las escuchas telefónicas divulgadas no equivalen a un registro o incautación, en el sentido de la Cuarta Enmienda y que la única cuestión que entra dentro de los términos de su cometido es la *concesión de certiorari* para estos casos⁶³.

No obstante, el Tribunal censura el modo de actuar de los agentes, dado que "las pruebas obtenidas a través de la interceptación de mensajes de un teléfono por los agentes del gobierno es inadmisible, ya que el modo de obtención es inmoral y un delito menor bajo la ley de Washington"

Finalmente, el Tribunal Supremo Federal, para apartarse del asunto, hace una remisión al Legislador en cuanto a la exclusión de pruebas que vulneran derechos fundamentales, al declarar que "tampoco podemos, sin la aprobación del Congreso de una ley que establezca que la admisión de las grabaciones no es constitucional, accederse a la sugerencia de que los tribunales tienen la facultad discrecional de excluir las pruebas, pues sería incompatible con la doctrina de derecho común general con el apoyo de la autoridad". De este modo, ante la falta de control de la legislación por el

⁶³ Como hemos anotado en otro epígrafe, es conocido que el certiorari es una decisión del Tribunal Supremo de EE.UU. que permite la revisión-apelación del caso de los Tribunales inferiores. El hecho de que el Tribunal Supremo haya concedido el *certiorari* no implica necesariamente que este Tribunal vaya modificar la sentencia del tribunal inferior. En la concesión del *certiorari*, además de la existencia del conflicto es necesario que las cuestiones implicadas tengan relevancia. En efecto, la práctica del Tribunal demuestra que en su decisión pesa de forma concluyente la importancia de las cuestiones implicadas.

Congreso hay que darse cuenta de las dificultades para llevar a la justicia estos asuntos y por ello, el Tribunal Supremo considera prudente que “*la exclusión de las pruebas debe limitarse a los casos en que en virtud de la Constitución estarían violándose los derechos si fuesen admitidas*”.

3. Intervenciones telefónicas y cambio de criterio en 1967 del Tribunal Supremo Federal

Cuando en España a partir de 1980 y otros países de su entorno han sido y son abundantísimas las sentencias de ámbito constitucional que abordan el tema de las intervenciones telefónicas desde el prisma de los derechos fundamentales, llama la atención que en la Jurisprudencia de EE.UU. tuviesen que transcurrir 39 años para que el Tribunal Supremo Federal modificase su criterio de las escuchas telefónicas.

Una posible disquisición sobre dicho retraso puede provenir de la coyuntura histórica de que el texto americano de la Cuarta Enmienda es anterior a la invención del teléfono, la voz y su alcance, unido ello al criterio originalista en la interpretación de las Enmiendas así como a la inexistencia inicial de protección constitucional del derecho a la intimidad y la no inclusión expresa la protección constitucional del secreto de las comunicaciones telefónicas. De todos modos, posteriormente cada Estado ha ido legislando sobre el uso y protección del medio de comunicación por teléfono, pese a no hallarse su base legal ni en la Cuarta Enmienda ni otra del mismo rango o alcance.

A pesar de ello, la Jurisprudencia americana no ha sido comparativamente con España, tan proclive como nuestro país en el tratamiento de los derechos fundamentales y el secreto a las comunicaciones, en especial las telefónicas. De hecho en los últimos 20 años se conocen pocas Sentencias en dicho sentido del Tribunal Supremo Federal y de los Tribunales Supremos de los Estados. Puede que una de las razones, apuntada antes, sea que en EE.UU. no existe la precisión y protección constitucional expresa que tenemos en España en el art. 18. 3. CE (Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial). De este modo, a mi juicio, aunque se haya legislado al respecto en los diferentes Estados y existan algunos pronunciamientos de los Tribunales Federales y Estatales, cuando la investigación de ilícitos penales precisa de intercepciones telefónicas no se llega al rango de protección que tienen otros derechos fundamentales de sus enmiendas.

La rigidez en la interpretación literal en 1928 de la Cuarta Enmienda de no amparar la escuchas telefónica ilegales, viene representado por un giro o cambio de orientación jurisprudencial en el año 1967, y para ello destaco el caso *Katz vs. Estados Unidos* de 1967, cuyos hechos son los siguientes: ante la sospecha de que *Katz* estaba transmitiendo información ilegal sobre el juego por teléfono a los clientes en otros Estados, los agentes federales conectaron un dispositivo de espionaje en el exterior de una cabina de teléfono público utilizado por *Katz*. y captaron electrónicamente sus palabras sin orden judicial. En base a la grabación de las conversaciones, *Katz* fue condenado por la transmisión ilegal de información de apuestas desde Los Ángeles a Boston y

Miami. En la apelación, Katz se opuso a su condena argumentando que las grabaciones no podían ser utilizadas como medio de prueba en su contra. El Tribunal de Apelaciones rechazó este punto, señalando la ausencia de una intrusión física en la cabina de teléfono en sí. El Tribunal concedió *certiorari*⁶⁴.

El razonamiento del Tribunal Supremo Federal se inicia con la pregunta: ¿La protección de la Cuarta Enmienda contra registros e incautaciones irrazonables exige a la policía la necesidad de obtener una orden judicial para interceptar llamadas telefónicas realizadas desde un teléfono público de pago? En este supuesto se concluye afirmativamente. Esta conducta era irrazonable, según el Tribunal Supremo, y las conversaciones no fueron admisibles como prueba.

El Tribunal dictaminó que Katz tenía derecho a la protección de la Cuarta Enmienda en sus conversaciones telefónicas y que era necesaria una intrusión física en el espacio que ocupaba para que la policía pudiese captar las comunicaciones. La Cuarta Enmienda protege a " las personas, no los lugares", declaró el juez Potter Stewart de la Corte. Una opinión añadida favorable, expresada por el Magistrado John Marshall Harlan, introdujo la idea de una "expectativa razonable" de la protección de la Cuarta Enmienda, que implicaba una vulneración a la intimidad del Sr. Katz, precisando por ello una orden judicial previa⁶⁵.

⁶⁴ Podemos apreciar como en un principio el Tribunal de Apelaciones tenía presente la anterior doctrina de Olmsted de 1928 al afirmar la "ausencia de intrusión física en la cabina del teléfono".

⁶⁵ El fallo fue de 7 votos a favor de Katz, 1 voto en contra. Disposición jurídica aplicada: La Cuarta Enmienda.

4. Matices y restricciones a la regla de exclusión en el ámbito Cuarta Enmienda

Los Tribunales Federales tenían las limitaciones de la Enmienda Cuarta, en especial por la influencia del caso *Weeks* con su “regla de exclusión” contra toda prueba que vulnerase los derechos fundamentales aunque los Tribunales estatales todavía podían aprovechar las pruebas conseguidas fuera de las prohibiciones impuestas por la constitución nacional.

Respecto de las limitaciones de la regla de exclusión en los Tribunales Federales y los Estatales, haremos referencia a un precedente histórico que aborda este tema. Se trata del caso *Wolf vs. Colorado*.(1949)⁶⁶.

En este precedente el Tribunal Supremo resolvió que se aplicara la Cuarta Enmienda a los Estados y al mismo tiempo ordenaba a éstos que la cumplieran, y que no tenían que acatar la regla de exclusión. Argumentaba que ésta- la *exclusionary rule*- no representaría ningún obstáculo sobre los poderes de los Estados.

Debemos precisar que hasta esta Sentencia las personas que eran objeto de un registro y decomisos arbitrarios estatales no tenían la protección de la “regla de exclusión”. Únicamente se encontraban protegidas y reguladas las de ámbito federal, por tanto sin gozar de la oportunidad de la garantía de esta regla, solamente quedaba a los acusados perjudicados por acciones de la policía estatal dos recursos: podían perseguirlo mediante reparaciones civiles,

⁶⁶ 338 U.S. 25 (1949)

o bien podían esperar a que el fiscal optara por acusar a los agentes de policía responsables. Basta decir que ninguna de las dos produciría resultados muy satisfactorios.

En el terreno práctico hay que aseverar que si los Tribunales no aplicaban la “regla de exclusión”, los otros dos posibles resarcimientos, es decir la persecución civil o penal, a instancia del fiscal, mediante reparaciones civiles, o el fiscal optara por acusar a los agentes de policía responsables sólo eran quimeras ya que en efecto existían en la ley pero no en su aplicación.

Finalmente, después de muchas muestras de abusos y arbitrariedades por la policía estatal, el Tribunal Supremo creó un nuevo reglamento dando nuevas instrucciones en *el caso Mapp v. Ohio-1961-* al que antes hicimos referencia en registros y decomisos arbitrarios⁶⁷.

Cuando se celebró el juicio, el Estado no presentó ninguna orden de registro ni tampoco pudo alegar que la Sra. Mapp concedió permiso a los agentes de policía para entrar en su domicilio y buscar a la persona sospechosa. En lugar de unas de las excepciones bien definidas y específicamente establecidas, el Fiscal- argumentó que los Estados no tenían que obedecer la regla de exclusión según la prescripción del mismo Tribunal en *Wolf vs. Colorado*, antes citado.

⁶⁷ El relato fáctico en síntesis explica que la policía fue a la casa de la Sra. Mapp buscando a un hombre sospechoso presuntamente peligroso. Los agentes pidieron permiso a la Sra. para registrar su casa. La policía sospechaba que el hombre buscado había detonado una bomba. La señora les negó el permiso, y los agentes de policía se fueron para regresar unas tres horas después diciéndole que esta vez tenían un mandamiento de registro. Ella se dio cuenta que el documento no era legítimo, lo agarró y lo escondió en su pecho. Tras un breve forcejeo entre los agentes y la señora un policía cogió el “mandamiento”, procediendo al registro de toda la casa sin encontrar al hombre sospechoso aunque en el curso del registro la policía encontró material pornográfico.

El Tribunal Supremo mostró su desacuerdo y le expuso al Estado que en el futuro tendrían que respetar la Enmienda Cuarta complementada con la “*regla de exclusión*”. Con *Mapp*, el Tribunal Supremo emprendió una época intensa de incorporación de los derechos de los acusados de las primeras ocho enmiendas en el sentido de la Enmienda Decimocuarta, es decir, que las garantías procesales emanadas del Tribunal Supremo Federal eran extensibles a todos los Estados⁶⁸.

En *Wong Sun vs. United States* (1963) el Tribunal sustentó que cuando un registro es inconstitucional al inicio, por la ausencia de la causa probable, “el fruto” de este registro es “corrupto” constitucionalmente y, por lo tanto, inadmissible⁶⁹.

En *Stoner vs. California* (1964) el registro fue realizado por la policía sin la orden judicial respectiva pero con el permiso del gerente del hotel donde se alojaba *Stoner*⁷⁰. Resultó que dicho ciudadano se hallaba a 320 kilómetros de su habitación. El Tribunal Supremo rechazó como prueba una pistola y unas balas de fusil halladas en su habitación. El Tribunal Supremo resolvió que el

⁶⁸ Enmienda Decimocuarta “... ningún Estado promulgará ni dará validez a ley alguna que restrinja los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni los Estados privarán a persona alguna de su vida, libertad o posesiones sino mediante el debido proceso establecido en la ley..”

⁶⁹ Es sabido, y recordamos que en el derecho penal de los Estados Unidos, la causa probable se refiere a un estándar por el cual la policía puede realizar un arresto, realizar una investigación sobre una persona, un registro en la casa u obtener una orden judicial para ello. Este término proviene de la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

⁷⁰ Concluye el Tribunal que nada menos que un inquilino de una casa, o el ocupante de una habitación en una casa de huéspedes, *McDonald v. United States*, 335 EE.UU. 451, un huésped en una habitación de hotel tiene derecho a la protección constitucional contra registros e incautaciones irrazonables. *Johnson v. Estados Unidos*, 333 EE.UU. 10. Que la protección desaparece si se dejaba depender de la discrecionalidad absoluta de un empleado del hotel. De ello se deduce que esta búsqueda sin una orden judicial, era ilegal. Puesto que la evidencia obtenida a través del registro fue admitida en el juicio, la sentencia debe ser revocada. *Mapp v. Ohio*, 367 EE.UU. 643. 8

registro, que fue hecho sin el consentimiento de Stoner, no se había basado en una orden de arresto legal ni tampoco dentro de otra excepción reconocida.

Mencionamos otro aspecto de este detrimento de garantías, en un nuevo criterio jurisprudencial que hace referencia a la toma de una muestra de sangre como una práctica legal aún sin mandamiento ni consentimiento del interesado, basándose en que la prueba del alcohol en la sangre habría desaparecido pronto por eliminación natural. En el precedente *Schmerber v. California*, (1966)⁷¹ se declaró que eran “circunstancias exigentes” y que la Constitución no prohíbe a los Estados que practiquen estas intrusiones menores en el cuerpo de un individuo siempre que sean controladas y en estrictas circunstancias de seguridad para las personas.

El caso *Opperman* (1976) aborda el supuesto que de un decomiso de una pequeña cantidad de droga con ocasión de un registro policial de rutina en vehículos. Estos registros como regla de la policía eran correctos si lo hacían cada vez que un automóvil era retenido por aparcar en un lugar prohibido. El

⁷¹ El demandante se vio involucrado en un accidente de automóvil. Fue hospitalizado. Un agente de policía le detectó olor a alcohol en su aliento y apreció otros síntomas de embriaguez en la escena del accidente y en el hospital. Por ello lo puso bajo arresto, y le informó que tenía derecho a un abogado, que podía permanecer en silencio, y que todo lo que dijese podía ser utilizado en su contra. En presencia de la policía un médico tomó al detenido una muestra de sangre a pesar de su rechazo de asesoramiento de abogado y a su consentimiento al respecto. Un informe del análisis químico de la sangre que indicaba positivo en alcohol, fue admitido como prueba en el juicio, a pesar de la protesta del apelante de que estuviese conduciendo en estado de ebriedad. Fue declarado culpable y la condena fue confirmada por la Corte de Apelaciones, que rechazó sus pretensiones de denegación del debido proceso, de su privilegio contra la autoincriminación, de su derecho a asistencia letrada, y de su derecho a no ser sometidos a cacheos injustificados ni decomisos.

El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que no implicaba ninguna violación del derecho del apelante de estar libre de cacheos y decomisos en virtud de la Cuarta y Decimocuarta Enmiendas. La integridad de la persona de un individuo es un valor muypreciado de nuestra sociedad. Aduce como justificación del fallo que la Constitución no prohíbe a los Estados intrusiones menores en el cuerpo de un individuo bajo estrictas condiciones limitadas..

Tribunal declaró que la decisión era ajustada a la Enmienda Cuarta y se aplicó la excepción de registros como “inventarios rutinarios” Los procedimientos utilizados por la policía en el presente caso no suponían una búsqueda y registro “razonable”, al ser vulnerada la Cuarta Enmienda. La expectativa de privacidad en su automóvil es significativamente menor que la relativa a su hogar u oficina. Cuando se incautan los vehículos la policía rutinariamente sigue los procedimientos y cuidados para asegurar e inventariar el contenido de los coches. Estos procedimientos han sido ampliamente sostenidos como lo razonable en virtud de la Cuarta Enmienda. Esta práctica habitual fue seguida aquí, y no hay indicios de ningún motivo de investigación por parte de la policía. La Cuarta Enmienda no exige que todas las búsquedas que se hicieron en virtud de una orden judicial. Se prohíbe únicamente la de registros y detenciones arbitrarias.”⁷².

En el caso *Oliver*, la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos hace referencia a la aplicación de la doctrina de “campos abiertos” que limita la Cuarta Enmienda. La tenencia de una cantidad importante de marihuana perteneciente a Oliver fue admisible por el Tribunal aunque se decomisó sin ningún mandamiento por la excepción de “campos abiertos” que, en síntesis, viene a decir que como el cultivo de la marihuana crecía en un campo abierto y

⁷² En el caso *Opperman- Opperman v. South Dakota*, 428 U.S. 364 (1976). El Tribunal declaró que la decisión era ajustada a la enmienda cuarta y se aplicó la excepción de registros como “inventarios rutinarios” o *lista-relación de efectos encontrados*. El coche del demandado fue incautado por múltiples infracciones de aparcamiento. La policía, siguiendo los procedimientos habituales, realizó el registro e inventario del contenido del automóvil. Al hacerlo, descubrieron la marihuana en la guantera, y el demandado fue posteriormente detenido por la posesión de esta sustancia. Su moción para suprimir las pruebas obtenidas por el registro sin orden judicial fue denegada y el demandado condenado posteriormente. El Tribunal Supremo del Estado revocó la sentencia, concluyendo que la prueba había sido obtenida en violación de la Cuarta Enmienda, que se hizo aplicable a los Estados en virtud de lo previsto en la Decimocuarta.

fueras del perímetro de la casa, quedaba al margen de las privacidades propias de la casa y su contorno. El Tribunal Supremo confirmó la regla de (campos abiertos) *Fields Open Hester*.⁷³

Respecto del derecho de no sufrir registros o decomisos arbitrarios, el Tribunal Supremo Federal ha ido perfilando unos cambios en forma de algunas "excepciones" a la regla general, como son los nuevos requisitos de las órdenes judiciales de registro y arresto.

Indica la jurisprudencia al respecto que en los registros sin orden judicial pero con *causa probable*, la prueba obtenida como resultado de un registro ilegal debería ser admitida y lo justifica alegando que un juez hubiera emitido la orden si le hubieran presentado la solicitud. Otra excepción relativa a registros o decomisos arbitrarios y la admisión de pruebas ilícitas lo tenemos en la regla doctrinal del descubrimiento inevitable, que se debe aplicar siempre y cuando la policía tenga suficientes pruebas en su poder en el momento de realización de la acción que si se hubieran presentado ante un juez, éste hubiera emitido la orden correspondiente. La orden, de acuerdo con este razonamiento, hubiera

⁷³ El relato fáctico de *Oliver v. United States*, 466 EE.UU. 170 (1984) indica que La Policía del Estado de Kentucky tenía datos de que el demandado cultivaba marihuana en un terreno de su propiedad... dos agentes de la policía pasaron por delante de su casa, llegando hasta una puerta que estaba marcada con un signo "no pasar". Los agentes salieron del vehículo y caminaron a lo largo de un sendero alrededor de la puerta a la propiedad del demandado y continuaron por la carretera cerca de una milla. A esa distancia de la casa, los dos policías vieron un cultivo importante de marihuana en la propiedad. Fue acusado de delito de cultivos drogas.

En el juicio se impugnaron las pruebas con fundamento en la Cuarta Enmienda. Después de las apelaciones, el Tribunal Supremo confirmó "la regla del *Fields Open Hester*", y decidió que las acciones de los policías no constituyen un "registro" en virtud de la Cuarta Enmienda. El Tribunal de Justicia declaró:

A un individuo no se le puede legítimamente exigir la privacidad de las actividades realizadas en el exterior o las afueras de los campos, excepto en el área que rodea la casa ... La cuarta Enmienda refleja el reconocimiento de los redactores de la Constitución de que ciertos enclaves deben estar libres de la interferencia y arbitrariedades de un gobierno . Por ejemplo, el Tribunal Supremo desde la promulgación de la Cuarta Enmienda, ha hecho hincapié en «el respeto fundamental por la santidad de la casa» que se ha arraigado en nuestra tradición desde los orígenes

sido emitida y la policía habría encontrado las pruebas por este medio constitucional.

Existen otras muchas excepciones que han cambiado el paisaje constitucional sobre los derechos de los acusados. Los menoscabos más graves en las garantías del proceso penal se han manifestado bajo la forma de nuevas excepciones y al margen del sentido más favorable para los acusados.

B. DOS CASOS DE PENA DE MUERTE EN EL ÁMBITO DE LA XIV ENMIENDA. LA REALIDAD DE UN QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Existe una clase de cambios jurisprudenciales relativos a la población reclusa que establecen unas consecuencias de retroceso y vulneración grave en la protección de los derechos fundamentales de los penados. Se trata de limitaciones procesales que el Tribunal Supremo Federal ha impuesto en las solicitudes estatales para poder utilizar el auto de *habeas corpus*. En estos casos los solicitantes se encuentran con la negativa de un tribunal para conseguir posibles revocaciones de condenas de pena capital. Como se verá en los casos siguientes a veces literal y desgraciadamente es una cuestión de “vida o muerte.”

Así, por ejemplo, en sendos procesos de 1991, a dos demandantes estatales les fueron denegadas sendas revisiones por vía del recurso de *habeas corpus* en el Tribunal Supremo Federal debido a que los abogados

cometieron errores procesales⁷⁴. Los errores, junto con las limitaciones impuestas por la Corte, dieron como resultado las penas de muerte de *McCleskey* en el Estado de Georgia⁷⁵ y de *Coleman* en el Estado de Virginia⁷⁶.

McCleskey confesó su participación en los hechos e ingresó en prisión, donde habló con *Evans* -el vecino de la celda próxima - y se jactó de su participación en los delitos. En el juicio (diciembre de 1978), *McCleskey* declaró que la confesión anterior era falsa y que no cometió los delitos. El fiscal utilizó a *Evans* como testigo y éste dijo que *McCleskey* le habló en la prisión de su participación en los delitos y que estaba muy orgulloso de ello.

El Tribunal Supremo del Estado de Georgia confirmó la condena y la pena de muerte por los delitos de robo con homicidio en 1980. *McCleskey* formuló una petición de *habeas corpus* en una Corte estatal pero le fue denegada. La Corte de apelaciones también la denegó y el Tribunal Supremo de Georgia y de los Estados Unidos rechazaron igualmente sus pretensiones. (1981)⁷⁷.

⁷⁴ El *habeas corpus* a pesar de que posee una denominación igual que nuestro sistema legal es esencialmente diferente, aunque el fondo siempre gira en torno a una persona privada de libertad, es una institución jurídica que busca evitar las detenciones arbitrarias y que garantiza la libertad personal del individuo. En EE.UU. es un recurso característico del *common law* en el que puede lograrse la revisión de una sentencia condenatoria posteriormente a la apelación. Este recurso supone cuestionar la validez de una privación de libertad ante el tribunal con jurisdicción en el lugar de custodia. Es el último y recurso más común que suelen utilizar los presos que se hallan en el corredor de la muerte. Está basado en el Art. I de la Constitución y permite a los tribunales federales revisar la legitimidad de una condena por vicios federales (Leyes, los tratados o la Constitución de los EE.UU.). Desde la ley dictada en 1867 se interpreta que esa potestad alcanza a detenidos por tribunales de los Estados. Vid. EDMUNDO S.HENDLER..Derecho Penal y Procesal penal de los Estados Unidos...p. 221. Buenos Aires. 1996. Edit. Adhoc.

⁷⁵ *McCleskey vs. Zant*, US., 111 S.Ct. 1464 (1991)

⁷⁶ *Coleman c/ Thompson* U.S. 11S.Ct. 2456 .1991)

⁷⁷ *McCleskey* interpuso una petición ante el *tribunal federal* de primera instancia (1981), que acogió dicha solicitud de *habeas corpus* (1984). La Corte de apelaciones del circuito undécimo revocó la concesión (1985). El Tribunal Supremo confirmó (1987) esta última decisión. Tras nueva petición de *habeas corpus* en los tribunales estatales le fue denegado el mandamiento solicitado. *McCleskey*

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia revocatoria, basado en el hecho que el abogado no presentó el argumento fundamentado en el precedente *Massiah, - Massiah c/ United States (1964)*- sino en la segunda petición de *habeas corpus*, cuando debió haberlo expuesto en la demanda anterior (1981)⁷⁸.

Además argumentó el Tribunal que la cantidad de peticiones y apelaciones equivalen a un abuso procesal inaceptable, que constituye otra base para negar su petición. *McCleskey* fue ejecutado en el Estado de Georgia⁷⁹.

El caso de *Coleman* también es complejo pero similar al anterior y sobre todo con el mismo resultado. *Coleman* fue declarado culpable de homicidio y violación de una cuñada, por un jurado de un tribunal estatal de Virginia. En una apelación directa, dos Tribunales de apelaciones confirmaron la decisión. *Coleman* formuló una petición de *habeas corpus* en la Corte estatal, pero le fue denegada⁸⁰.

planteó una segunda demanda ante el tribunal federal de primera instancia que lo concedió otra vez (1987). El Tribunal de apelaciones para el circuito undécimo lo revocó por segunda vez (1989).

⁷⁸ Al confirmar la denegación de la solicitud de *McCleskey*, el Tribunal Supremo Federal señaló que la omisión de presentar el recurso bajo la doctrina de *Massiah* en la primera petición, era un indicador del trabajo ineficiente del abogado; además, el *habeas corpus* es un proceso civil y el derecho de un abogado eficaz es solamente para el proceso penal. Por consiguiente, *McCleskey* no había sufrido violación de un derecho constitucional. De haberse dado en el proceso estatal la existencia de una causa que explicara la pretensión de presentar el argumento *bajo Massiah* en el primer reclamo de *habeas corpus*, y la demostración de un perjuicio *McCleskey* pudo haber recibido el mandamiento de *habeas corpus* federal.

⁷⁹ "The Supreme Court, Principal Cases", 105 *Harvard Law Review*, 77-426 (November de 1991), 329.

⁸⁰ Tenemos que aclarar que como en todos los Estados, en Virginia existe un plazo para interponer la apelación. Tal es de treinta días después de denegada la petición. El abogado de *Coleman* lo hizo en el trigésimo tercer día. A causa de no cumplir este plazo procesal, la Corte de apelaciones estatal y la Corte Suprema de Virginia rechazaron las demandas de *Coleman*. Además, y como en el caso de *MacCleskey*, la omisión de su abogado, dijo el Tribunal Supremo, era un *indicador de una labor ineficiente*; e igualmente, el *habeas corpus* es un procedimiento civil y el derecho a un abogado eficaz es solo para el proceso penal. Por lo tanto, confirmó y, como *McCleskey*, *Coleman* tampoco había sufrido el quebranto

Al no admitirse formuló una petición en el tribunal federal de primera instancia y resolvió que el incumplimiento procesal en los Tribunales estatales afectaba a la cuestión federal. La Corte de Apelaciones del cuarto circuito y el Tribunal Supremo confirmaron lo antes resuelto⁸¹. El más Alto Tribunal americano declaró que estas decisiones son vulneradoras de los derechos fundamentales de los acusados porque atentan contra la XIV enmienda, dado que la disputa de competencia de jurisdicción federal o estatal no deben ser motivos para no entrar a conocer un asunto, y menos de pena capital.

Como se viene refiriendo en el presente epígrafe, estas decisiones deben ser vigorosamente censuradas porque además de ser vulneradoras de derechos fundamentales, en especial por la tendencia existente en el Tribunal Supremo Federal de continuar en el mismo criterio de vetar, por medio de *habeas corpus*, el acceso a los Tribunales Federales. Su resultado se traduce en denegaciones injustas dado que se halla en entredicho el debido proceso de la XIV Enmienda. Por otro lado constituyen restricciones legales para los ciudadanos de los Estados Unidos, privaciones estatales y federales de otorgar su derecho a la libertad y la misma protección ante la ley⁸².

Se ha subrayado que “*El forzar a estos individuos (como McCleskey y Coleman) a confiar en los recursos previstos dependiendo del capricho de los Estados, disminuye el valor de los derechos constitucionales sustantivos y*

de un derecho constitucional. Al igual que McCleskey, *Coleman fue ejecutado por su Estado*. Peter APPEBOME P, “*Media Focus on Death Row under fire*”, 1 de junio de 1992, pp. 4A-5A, *Star Tribune* (diario de Minneapolis, Minnesota, USA.).

⁸¹ Se argumentó que como la decisión de los Tribunales estatales se basó en reglas estatales, no les expusieron ninguna cuestión federal. Por tanto la reclamación no estaba sujeta a la jurisdicción federal.

⁸² Entendemos que en los tiempos actuales a los condenados por delitos de terrorismo, narcotráfico a gran escala, y otros delitos graves de gran impacto social, es muy probable que les resulte infructuoso formular una petición de *habeas corpus*.

*socava la meta de la jurisdicción del habeas corpus federal, resultando desprotegido el pueblo de la acción constitucional*⁸³.

Tenemos que tener en cuenta que la Ley del Congreso estadounidense permite a algunos condenados estatales que formulen peticiones de *habeas corpus* cuando existe la posibilidad de que un derecho federal haya sido vulnerado y que ha existido durante casi dos siglos, siendo utilizado por muchos acusados condenados a la pena de muerte⁸⁴.

Entiendo asimismo que todas estas decisiones del Tribunal Supremo Federal implican que se disminuirán aun más los derechos constitucionales y sustantivos por medio de más limitaciones procesales. De hecho a la vista de estas consideraciones, de la primacía que se viene dando a la seguridad pública en detrimento de los derechos fundamentales así como la política criminal antiterrorista imperante, queda en entredicho el futuro de los derechos humanos estadounidenses, en mi opinión.

⁸³ APPEBOME P. *Harvard Law Review*, Op. cit. nota 50. *Mitchum vs. Foster*, 407 U.S. 225, 242, (1972)

⁸⁴ La historia del uso del *habeas corpus* es muy compleja y larga, aunque las limitaciones importantes que el Tribunal Supremo Federal ha impuesto recientemente son realmente muy graves, tal y como hemos argumentado antes, como se viene sosteniendo en las líneas precedentes.

C. EXCLUSIONARY RULE Y LA QUINTA ENMIENDA.

1. Exclusionary rule y los derechos de los detenidos y acusados:

Evolución de la jurisprudencia hasta los casos *Escobedo v. Illinois*(1964) y *Miranda v. Arizona*.(1966)

El estudio de los derechos de los acusados estadounidenses va necesariamente identificado con el derecho de ser representado por un abogado, por dos razones. En primer lugar, debe decirse que este derecho es el más importante, dado que es muy difícil proteger los otros derechos sin un abogado; y, en segundo lugar porque de los derechos constitucionales estadounidenses, el Tribunal Supremo Federal aceptó éste como condición prioritaria a los Estados antes que el de no autoincriminarse y el de no sufrir registros ni decomisos irrazonables.

Desde 1932 –caso *Powell v. Alabama*-, el Tribunal Supremo de EEUU en casos de penal capital estableció por primera vez las reglas sobre la necesidad de contar con un abogado. Según el Tribunal Supremo, la ausencia de abogados defensores era un gran error de carácter constitucional⁸⁵.

Entre 1932 y 1963 se produjeron distintos fallos sobre el derecho a ser asistido por un abogado, aunque de carácter, en ocasiones, contradictorio. Así,

⁸⁵ En el proceso *Powell v. Alabama* (1932), unos jóvenes de raza negra lograron que se revocasen sus condenas de pena de muerte porque se determinó que en los juicios penales no tuvieron defensores aunque el juez pudo proveerlos. Se les acusó de haber violado a unas mujeres blancas, los médicos que examinaron a los jóvenes después del supuesto delito, declararon que no había habido violación, delito que recibía pena de muerte en el Estado de Alabama. En relación a este caso histórico en el que sólo se permitía ciudadanos de raza blanca en el Jurado, posteriormente en *Norris contra Alabama* (1935) El Tribunal Supremo de Estados Unidos, revocó las condenas dictadas en los tribunales locales porque se había excluido a los negros de los jurados

en 1942, el Tribunal dictó el caso *Betts v. Brady*⁸⁶. Betts pidió un abogado, pero el juez dijo que en Maryland el Estado tenía que proveerlo solamente en delitos de homicidio y violación. El Sr. Betts, sin tener abogado, fue declarado culpable de robo. El Tribunal resolvió que la condena era aceptable al no existir las circunstancias especiales que hiciesen necesaria la ayuda de un abogado. Los magistrados disidentes argumentaron que el precedente de *Powell* ordenaba que *Betts* recibiera los servicios de un abogado. La mayoría de magistrados resolvió que sin las circunstancias especiales, no existe tal derecho excepto en procesos que conlleven la pena de muerte⁸⁷.

En 1963, la Corte decidió que todos los acusados precisan un abogado en todos los juicios por delitos graves (*felony*) y en el caso de aquellas personas que carecieran de recursos económicos, el Estado tenía que pagar el coste del abogado⁸⁸.

El Tribunal decidió que todo acusado de un delito grave tiene el derecho de ser asistido por un abogado en el juicio penal y cuando el imputado no pueda elegirlo, el juez tiene que asignarle un defensor público.

⁸⁶ En *Betts v. Brady*, Betts fue acusado de robo y, previa solicitud de abogado, el juez se negó, obligando a Betts a representarse a sí mismo. Fue declarado culpable de robo, una condena que finalmente recurrió al Tribunal Supremo sobre la base de que estaba detenido ilegalmente, porque se le había negado un abogado.

⁸⁷ *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462-465 (1942). Para el punto de vista de los disidentes, véase 316 U.S. 455, 473-477. Además, los acusados eran negros y jóvenes, analfabetos. Sin duda, en esas condiciones necesitaban la ayuda de abogados antes de que el Estado pudiera imponerles la pena de muerte.

⁸⁸ *Gideon v. Wainwright* (1963). El Sr. Gideon era un indigente al que se le acusó de robo con escalamiento en una taberna. Como en el caso Betts veintiún años antes, Gideon solicitó al juez penal que lo proveyera de un abogado. Según él, la enmienda sexta de la constitución nacional lo requería. El juez respondió a Gideon negativamente porque el Tribunal Supremo había dicho que el Estado debía nombrarle un defensor solo cuando el acusado se enfrentara la pena de muerte, o cuando existiesen circunstancias especiales detalladas en el caso de Betts. Gideon fue declarado culpable. Recurrió sin éxito en el Tribunal de apelaciones de Florida. Gideon pidió la revocación de la sentencia ante Tribunal Supremo. Alegó ser pobre y no tener los recursos para elegir su propio abogado. Como el Tribunal Supremo sí tenía el poder y los recursos para pagar los abogados de los demandantes pobres (*in forma pauperis*), le designó un abogado.

Entre 1963 y 1972, se produjeron más decretos judiciales sobre el derecho al consejo legal; pero la Corte tomó una decisión importante en 1972, cuando afirmó que todos los acusados en todos los juicios penales, deben tener un abogado antes de que se les encarcele⁸⁹.

Actualmente los acusados tienen el derecho a escoger su propio abogado o a tener uno que el juez le nombre del turno de oficio para el caso que el acusado no lo designe.

Si el acusado no tiene un abogado, el juzgado de instrucción tiene que proveerlo y el Estado debe pagarlo únicamente si no tiene recursos. Al empezar cualquier proceso penal, el juez ya sabe que el Estado no puede encarcelar a un culpable ni por un sólo día si no tiene asistencia letrada.

En 1964, como resultado de sus propias decisiones sobre el derecho de tener un abogado (específicamente el caso *Gideon* y sus precursores, antes citados), el Tribunal Supremo dijo que esta clase de decisiones había cambiado la base constitucional. Así pues, el derecho a la defensa ejercida por un abogado ha tenido un desarrollo doctrinal muy interesante, en conexión con el derecho a no incriminarse. La Corte ha establecido que la presencia de un

⁸⁹ *Argersinger v. Hamlin*. 407 U.S. 25(1972). Jon Argersinger era un indigente acusado de llevar un arma oculta, un delito menor en el Estado de la Florida. El cargo conllevaba una pena máxima de seis meses de cárcel y una multa de 1.000 dólares. Durante el juicio sin jurado en el que fue condenado y sentenciado a noventa días en la cárcel, Argersinger no estuvo representado por un abogado. Conclusión: En *Gideon v. Wainwright* (1963) el Tribunal consideró que la Sexta y Decimocuarta Enmiendas exige a los Estados a proporcionar un abogado a los acusados pobres en casos de delitos graves. En este caso, un Tribunal por unanimidad extendió este derecho a cubrir los acusados de delitos menores que se enfrentan la posibilidad de una sentencia de cárcel. Se describe las complejidades implicadas en cargos menores y el peligro de que no estén representados los acusados pueden ser víctimas del sistema de la justicia. Así, con el fin de garantizar la equidad en un juicio que implique un tiempo de estancia en la cárcel, sin que importe cuán pequeña sea la acusación, el Tribunal consideró que el Estado estaba obligado a proporcionar al acusado un abogado. Después de Argersinger, hubo más cambios en asuntos de nombramientos de abogado en juicio penal.

abogado es necesaria para garantizar que el interrogatorio no infrinja el derecho de no autoincriminarse.

Posteriormente, en el caso *Escobedo vs. Illinois* (en 1964) no se permitió que el acusado se entrevistara con su abogado lo que supuso una violación de la regla de exclusión⁹⁰.

Dos años más tarde, el Tribunal extendió la decisión de Escobedo en el popular e histórico precedente *Miranda vs. Arizona* (1966), cuando señaló que Miranda debió tener representación legal antes de que confesara. De nuevo por el hecho de no tener abogado resultó una confesión inadmisible⁹¹. En este caso resolvió que a partir del momento en que se restringe la libertad de movimiento del imputado en cualquier forma, se hace necesaria la defensa técnica y se debe instruir al detenido el contenido de las “advertencias de Miranda” (*Miranda warnings*)⁹².

En definitiva, el proceso judicial empieza cuando el imputado no tiene la alternativa de salir libremente y desde entonces tiene derecho a la ayuda de un abogado. Además, la policía debe informarle que la ley le garantiza ciertos derechos: de no decir nada a la policía, que las palabras que diga pueden ser

⁹⁰ Escobedo confesó el homicidio, con ayuda de un cómplice pero solamente después de subterfugios por parte de los policías. En la resolución que revocó la condenatoria por el homicidio, el Tribunal Supremo insistió en que Escobedo, y por supuesto otros imputados también, merecía un abogado desde el momento en que el proceso dejara de ser una investigación y se concretara la acusación.

⁹¹ Miranda es el nombre de la persona y del caso que dio lugar al desarrollo judicial de los derechos de los detenidos de la quinta enmienda. Este epígrafe derivado de *Miranda v. Arizona* (1966) será tratado con más amplitud y detalle en otros apartados siguientes, toda vez que opinamos que es uno de los más representativos de la *exclusionary rule* en EEUU al haber generado Jurisprudencia abundante y de signo diferente según la etapa histórica. Además lo consideramos como uno de los paradigmas del derecho judicial del Tribunal Supremo Federal.

⁹² Esta lectura de derechos al detenido o advertencias de Miranda implica en la práctica que a la persona que es arrestada, la lectura de derechos más conocida que se les hace es la siguiente: “Tiene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usado en su contra en un tribunal de justicia. Tiene el derecho de hablar con un abogado. Si no puede pagar un abogado, le será proveído uno a cargo del Estado”.

usadas contra él en juicio, el derecho de nombrar un abogado defensor, el derecho de contar con la presencia del abogado defensor antes y después del interrogatorio y si el imputado no tiene recursos, el Estado le designará abogado⁹³.

Según EARL WARREN, a menos que el Estado provea una alternativa aceptable para proteger los derechos, deben hacerse las advertencias ya citadas, antes del comienzo de cada interrogatorio y ninguna confesión debe ser admisible sin tales advertencias, añadiendo que esta garantía derivaba de las Enmiendas Sexta y Decimocuarta⁹⁴.

La culminación de la doctrina conocida como “las advertencias de Miranda” (*Miranda Warnings*) se encuentra en el caso *Orozco v. Texas* (1969) que amplió la aplicación de la doctrina de los “derechos de Miranda” a los interrogatorios de los detenidos que la Policía lleva a cabo fuera de las dependencias de la Comisaría y cuando los sospechosos y detenidos se hallan en su casa, que el Tribunal denomina en custodia⁹⁵.

⁹³ Llama la atención que en un país con una Constitución tan antigua, modélica y democrática, no estuviese prevista expresamente la asistencia de abogado a los detenidos o imputados de forma generalizada y que hasta el caso MIRANDA VS. Arizona-1966- el derecho judicial del USA Supreme Court no instaurase como obligatorio la “lectura de derechos” o advertencias de Miranda en aquel país: guardar silencio, derecho a tener abogado, nombrar por el Estado- de oficio- no confesarse culpable..etc..En el epígrafe siguiente ampliamos este caso típico de los EEUU.

⁹⁴ EARL WARRENT, fue el Presidente del Tribunal Supremo Federal de EEUU, desde el 5 de octubre de 1953 hasta el 23 de junio de 1969 en el período presidencial de Dwight D. Eisenhower.

⁹⁵ Los antecedentes fácticos del caso *Orozco v. Texas*(1969) en extracto se refieren a la discusión mantenida dentro de un bar entre dos personas, y una vez fuera del establecimiento el Sr. Orozco causó la muerte de la otra sobre la medianoche.. A las cuatro de la mañana siguiente, cuatro policías llegaron a la habitación donde Orozco fingía dormir. El “interrogatorio” fue muy breve, y ocurrió todo en el mismo aposento. Le preguntaron: “¿Estuviste en el Café El Farleto?” Cuando Orozco les respondió que sí le preguntaron “¿Tienes pistola?”. Otra vez, él respondió que sí. Después de preguntarle dos veces “¿Dónde está la pistola?” Orozco les reveló a los oficiales el lugar donde tenía la pistola que utilizó. Esta decisión amplió la aplicación de la norma de Miranda en los interrogatorios de detenidos que ocurren fuera de una comisaría de policía. La regla de Miranda, aprobada inicialmente por el Tribunal Supremo en un caso de un interrogatorio en la comisaría, exige que la policía debe informar a un sospechoso antes de un interrogatorio del derecho de guardar silencio y el derecho a asistencia letrada. Una

Considero que los comentarios y casos jurisprudenciales precedentes, se hallan en íntima relación con la *exclusionary rule*, pues en función del grado de la vulneración de la Quinta Enmienda, estamos en presencia de que pueda ser valorada o no por el Tribunal la prueba obtenida, así en uno de los casos en que no se permite al detenido que se entrevistara con su abogado supone una violación de la regla de exclusión, en otro supuesto el Tribunal Supremo declaró que la ausencia de abogados defensores era un gran error de carácter constitucional, y especialmente en EE.UU. donde el debate doctrinal sobre el consejo legal de abogado al detenido o la necesidad de la persona privada de libertad de ser asistido por Letrado arranca en 1932(caso *Power. v. Alabama*), siguiendo en los años siguientes con alternancias de criterios, a veces contradictorios, para culminar con la instauración jurisprudencial de los derechos del detenido con el caso histórico *Miranda vs. Arizona* (1966), cuando señaló que Miranda debió tener representación legal antes de que confesara.

confesión o declaración incriminatoria hecha por un sospechoso sin que estas advertencias se presume involuntaria y inadmisible en el juicio. El caso también estableció la proposición de que un sospechoso detenido e interrogado en su casa se encuentra "en custodia", a efectos de Miranda. El efecto de Orozco fue obligar a los funcionarios policiales para hacer las advertencias de Miranda a los sospechosos que están "en custodia", independientemente de donde se lleva a cabo el interrogatorio. El derecho de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación y el derecho a la representación tienen sus raíces en el Derecho Inglés.

2. Las advertencias de Miranda. Primera regulación de los Derechos de los detenidos. Análisis del caso *Miranda v. Arizona* (1966). Sentencia histórica y paradigma del Derecho judicial norteamericano

En base a lo analizado creemos que el caso *Miranda v. Arizona* en 1966 es una las Sentencias que mejor desarrolla la Quinta Enmienda respecto del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo en un proceso criminal⁹⁶. Constituye, amén de ser una de las sentencias históricas y relevantes, un ejemplo de creación del derecho a partir de la interpretación de la Constitución y al margen del Congreso. Esta peculiaridad ha recibido numerosas críticas por aquellos sectores doctrinales norteamericanos partidarios de la división de poderes más rígida⁹⁷.

En cuanto a los derechos de los detenidos y sin perjuicio de las ampliaciones y detalles que más adelante se expondrán, si hacemos la comparación entre los que se aplican en España (art. 17.3 de la CE. y los art. 520 y ss. y concordantes de la LECrim.) y la regulación escueta al respecto de

⁹⁶ Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otro grave *si un gran jurado no lo denuncia o acusa*, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; *ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal*; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

⁹⁷ William BURNHAM (2006), *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Thomson West, St. Paul M.N., Cuarta edición.

Richard E. LEVY (2006), *The Power to Legislate: A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger Publishers, Westport.

William. A. SCHNADER (1940), *Fifty Years. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, Philadelphia.

CROSS, RUPERT Y HARRIS, Jim W., *Precedent in English Law*, cit., p. 3. Este libro clásico fue escrito originalmente por Sir Rupert Cross y publicado en 1961. En 1968 apareció la segunda edición y en 1977 la tercera, ambas a cargo de Cross.

la IV Enmienda, cabe establecer que ambos preceptos parecen fuera de lugar en consideración al espacio temporal que las separa⁹⁸.

En EE.UU. los Derechos Miranda (*Miranda Rights*) derivados de la Sentencia *Miranda v. Arizona*⁹⁹(1966), constituyen hoy los derechos del detenido, imputado, o procesado, que se advierten y leen a éstos. Tales advertencias datan de 1966 a partir del tenor literal de la Quinta Enmienda...”*ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio penal...*”

3. El derecho fundamental a no declarar contra sí mismo en un proceso criminal.

Los principios establecidos en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos son fundamentales para una persona acusada de cometer un delito. Aunque son varias las disposiciones de esta enmienda, los elementos que protegen a una persona acusada de cometer un delito son cuatro: el

⁹⁸ Es sabido que el art. 17.3 de la CE. proclama que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.....520.3 LECrim. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.
- d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que deseé, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
- f) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

⁹⁹ 384 U.S. 436 (1966.)

derecho contra la auto-incriminación forzada; el derecho a un gran jurado; el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (excepción de cosa juzgada) y el derecho al debido proceso.

Nos detenemos en el aspecto que más nos interesa para este trabajo, el derecho a no declarar contra sí mismo, dado que los otros principios o apartados de la Quinta Enmienda carecen de relevancia para la regla de exclusión.

Asimismo, debe reiterarse que este principio general tuvo que ser desarrollado y ampliado por el Tribunal Supremo Federal de EE.UU. después del transcurso de más de sesenta años desde la primitiva proclamación hasta la actual lectura de derechos que hace la Policía a los sospechosos y detenidos.

A tenor de lo dispuesto en la Quinta Enmienda, “*No puede obligarse declarar contra sí misma a ninguna persona acusada de cometer un delito*”. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido el ámbito de aplicación de dicha disposición no sólo a los juicios, sino también a los interrogatorios policiales. Por lo tanto, una persona que ha sido detenida por la policía puede negarse a responder cualquier pregunta relacionada con el delito del cual se le acusa. Además, si la policía quiere interrogar a un sospechoso, primero debe leerle sus derechos o “*Miranda warnings*”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Son consecuencia de la Sentencia MIRANDA v. ARIZONA-1966- 384 U.S. 436 , como se verá más adelante.

Esta norma se aplica sólo en el caso del interrogatorio a un detenido. Si no concurren estas circunstancias de interrogar y hallarse privado de libertad, la policía no está obligada a leerle los derechos a la persona.

Cuando se les leen los derechos a los sospechosos, éstos tienen dos opciones: responder las preguntas y, por consiguiente, renunciar a sus derechos o invocar sus derechos según la Quinta Enmienda. Los sospechosos pueden invocar su derecho a permanecer callados de dos maneras diferentes: permaneciendo callados y negándose a responder preguntas o solicitando un abogado. Si los sospechosos invocan sus derechos, la policía debe suspender el interrogatorio de inmediato¹⁰¹.

En un juicio, el derecho contra la auto-incriminación forzada significa que los acusados no pueden ser obligados a declarar. Sin embargo, si así lo desean, pueden hacerlo. Los testigos, en el juicio o durante los procedimientos del gran jurado, también pueden negarse a hablar si temen incriminarse a sí mismos. Esto se conoce como “invocar la Quinta Enmienda”.

¹⁰¹ Conviene apreciar y distinguir los conceptos de “detenido” e “interrogatorio”. En primer lugar, “detenido” generalmente significa que el sospechoso ha sido arrestado o privado de libertad. Sin embargo, existen casos en los que la Corte Suprema consideró que un sospechoso había sido detenido por la policía, sin haber sido arrestado o ni siquiera esposado. El tribunal aplica una norma objetiva y pregunta si una persona en circunstancias similares hubiese tenido la libertad de abandonar el lugar. Si la respuesta es “no”, entonces se considera que el sospecho estaba “detenido”. El término “interrogatorio” significa cualquier manifestación hecha por la policía que posiblemente provoque una declaración incriminatoria.

4. Nuevos matices de los *Miranda Rights* por el Federal Supreme Court. El caso *Dickerson*.

Las Advertencias de Miranda (*Miranda warnings*) o Derechos Miranda (*Miranda Rights*) son, como se ha dicho, unas advertencias que deben darse a un detenido desde 1966, que se encuentra en custodia de la policía de Estados Unidos, antes de que le hagan preguntas relativas a la presunta comisión del ilícito. La policía puede requerir información biográfica como el nombre, fecha de nacimiento y la dirección del domicilio del sospechoso. Las confesiones no constituirán prueba admisible en juicio a menos que el imputado haya tenido conocimiento y haya ratificado su entendimiento respecto de las Advertencias Miranda.

Como hemos anotado antes, las Advertencias de Miranda fueron establecidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en una fallo de 1966 en el marco del caso *Miranda contra Arizona* como medio de protección para un detenido o imputado de evadir la auto incriminación, prohibida por la Quinta Enmienda (derecho al silencio). Desde su creación por la Corte Warren (Presidente del Tribunal Supremo Federal, a la sazón), la Corte Suprema ha indicado que las Advertencias de Miranda han impuesto una prevención de seguridad en vez de la protección que exige el privilegio de la Quinta Enmienda¹⁰².

¹⁰² En 1963, Ernesto Miranda fue detenido por secuestro y violación. Él confesó sin ninguna advertencia de su derecho constitucional a guardar silencio, o su derecho de tener un abogado presente. En el juicio, el fiscal ofreció sólo su confesión como prueba y fue condenado.

La Corte Suprema resolvió (*Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 [1966]*) que Miranda fue intimidado durante su interrogatorio y que él no entendió su derecho a no incriminarse ni su derecho a un abogado. Sobre esas bases, la Corte revocó el fallo anterior. Miranda fue luego condenado en otro juicio, con testigos que declararon en su contra y otras pruebas presentadas. Cumplió 11 años de condena.

En el año 2000, el uso de los Derechos Miranda volvió a surgir ante la Corte Suprema (*Dickerson contra Estados Unidos, 530 U.S. 428 [2000]*) y el Tribunal reafirmó el rol del precedente anterior.

En un primer momento el Tribunal Supremo Federal no especificó las palabras exactas que se debían usar para informar a un sospechoso sobre sus derechos. Sin embargo, el Tribunal estableció posteriormente unas reglas que deben servir como guía a seguir. El fallo establece:

“ (...) La persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informada de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser claramente informada de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante todo el interrogatorio, y que, si es pobre, le será asignado un abogado sin coste para representarlo”- Abogado de Oficio-.

Los Tribunales desde entonces han fallado que la advertencia debe ser “significativa”, por lo que es usual que al imputado se le pregunte si entendió los derechos que se le han explicado. Algunas veces, se requieren respuestas firmes como “sí”. El silencio de un arrestado no es una señal de que entendió. En este sentido, hay que decir que se ha declarado inadmisible alguna prueba debido al pobre conocimiento del inglés de un imputado en su arresto y por el

Irónicamente, cuando Miranda quedó en libertad fue asesinado en una reyerta con arma blanca, y a su agresor y presunto homicida se le leyeron los derechos Miranda, los cuales invocó, para no tener que declarar.

hecho de que el oficial que lo detuvo no pudo comunicarle la advertencia en su idioma¹⁰³.

5. Amplitud de la Quinta Enmienda. Su teórica aplicación a las personas indocumentadas.

Con un enfoque más doctrinal y crítico que pragmático - en especial referido a los “sin papeles” o indocumentados- se dirá que esta Enmienda garantiza a todo individuo el disfrute de los mismos derechos (*Equal Protection Clause*).¹⁰⁴

Por otra parte, obliga a la autoridad a que cumpla con los requerimientos del procedimiento previamente establecido (*Due Process Clause*). En ella se establece que las órdenes de arresto, en caso de penas capitales, tendrán que haber sido autorizadas por un gran jurado y que el acusado deberá de ser informado de la acusación para poder preparar su defensa.

Asimismo, esta enmienda otorga el derecho al *non bis in idem*, esto es, a la imposibilidad de volver a ser juzgado por un delito que ya fue juzgado. Asimismo, la quinta enmienda protege al individuo de guardar silencio, sin poder ser obligado a declarar. Así, se trate de un procedimiento civil, penal,

¹⁰³ El más sobresaliente es *United States ex rel. Negrón v. New York*, 434 F.2d 386 (2d Cir. 1970). Vid. *United States v. Sánchez*, 483 F.2d 1052, 1056 (2d Cir. 1973) (Cita el caso de Negrón sobre el “requisito de que se le debe permitir un intérprete al acusado cuando sea necesario”). Vid. *Abdullah v. I.N.S.*, 184 F.3d 158, 164–66 (2d Cir. 1999), el cual no reconoce el derecho a un intérprete para los extranjeros en situación ilegal. Vid. el JLM Capítulo 11, “Las Leyes de Inmigración: Actividades Criminales y sus Consecuencias en la Corte de Inmigración,” para más información sobre los extranjeros ilegales y otros temas relacionados a la inmigración.

¹⁰⁴ La cláusula de igual protección, procede de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de EEUU. Prohíbe la discriminación por las instituciones del gobierno estatal. La cláusula otorga a todas las personas “la misma protección por las leyes”, lo que significa que los Estados deben aplicar la ley por igual y no se puede dar preferencia a una persona o grupo de personas sobre otro.

administrativo, formal o informal, el derecho a permanecer callado está garantizado, pero aun cuando tal garantía es sagrada para el ciudadano estadounidense, esta garantía constitucional no se aplica en casos en que el acusado o demandado reclame el derecho a permanecer en silencio por miedo de que en su país de origen, usen su declaración en su contra. El Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Nueva York decidió que el privilegio de permanecer en silencio tenía como propósito limitar la autoridad del gobierno estadounidense exclusivamente¹⁰⁵.

Por último, debe advertirse que la quinta enmienda incluye el derecho a que deba ser observado todo procedimiento previamente establecido. La pregunta que ahora se formula es si el indocumentado también tiene el derecho de reclamar la protección de la quinta enmienda. Creemos que sí existe la protección constitucional para el indocumentado, pero que al igual que sucede con la cuarta enmienda, sólo opera de manera restringida y sin aplicarse en su totalidad. La Corte Suprema ha establecido claramente en innumerables precedentes, que la quinta enmienda protege al indocumentado, pero sólo en ciertas y limitadas circunstancias¹⁰⁶. Según MAGALLÓN GÓMEZ, el indocumentado tiene derecho a la protección de la quinta enmienda, pero la violencia que sufre en manos de la patrulla fronteriza, en manos de los policías, en manos del Ministerio Público, en manos de grupos de ciudadanos que se dicen protectores de sus fronteras, hacen que la quinta enmienda sea una

¹⁰⁵ United States ex rel. Negrón v. New York, 434 F.2d 386 (2d Cir. 1970). Vid. United States

¹⁰⁶ Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct., 2759. Johnson v. Eisentraiger, 339 U.S. 763, 780-781 (1950).

simple y lejana quimera, difícil de alcanzar y prácticamente imposible de reclamar¹⁰⁷.

En la Sentencia conocida como *Haitian Refugee Center v. Smith* se presenta una demanda de grupo (*class action*) en contra de las autoridades migratorias, reclamando que el INS (Agencia Nacional de Inmigración) había instituido un programa para deportar a todos los haitianos, sin revisar la aplicación de asilo de ninguno de los deportados y sin ninguna protección o garantía constitucional, violándose la quinta enmienda.

El Tribunal de Apelación, al no poder cambiar los precedentes previamente establecidos, confirmó la sentencia dictada en primera instancia, estableciendo el derecho de las autoridades migratorias a deportar mecánicamente al indocumentado, condicionando estas deportaciones solamente a que el procedimiento de deportación fuera justo y equitativo. La regla establecida en el caso de *Haitian Refugee Center* de aplicarse correctamente, es prácticamente imposible e improbable de reclamar por incumplimiento, debido a que cuando el expediente llega al Gobierno se diluye en trámites administrativos interminables. No obstante, el indocumentado puede y debe de ejercitar su derecho y tratar de que en el procedimiento de deportación que se lleve en su contra se siga por lo menos de una manera imparcial y justa.

El juez que dictó la sentencia en el *Haitian Refugee Center* era consciente de las implicaciones de imponer limitaciones constitucionales al

¹⁰⁷ MAGALLÓN GÓMEZ M.G .Revista de Derecho Privado, ISSN 0188-5049, Nº. 2, 2002, pags. 67-88, vid. más datos.

Ejecutivo que tiene el control en todo lo correspondiente a políticas migratorias.

Por lo anterior, restringe su sentencia al declarar “*El gobierno viola el derecho fundamental de ser equitativo y justo, que resulta ser la esencia y naturaleza de la quinta enmienda, cuando crea el derecho de petición de asilo y luego hace imposible su obtención*”.

Por tanto la Quinta Enmienda protege al indocumentado de manera muy limitada frente al Poder Ejecutivo. A causa de las corrientes sociales y económicas actuales consideramos que las políticas migratorias establecidas en EE.UU. hacen que su protección sea mínima y quimérica. En realidad, el indocumentado será expulsado fácilmente cortándole toda posibilidad de reclamar sus derechos, a menos que cuente con el apoyo de su consulado para la coordinación de servicios de abogados expertos en la materia que presenten demandas ante las autoridades judiciales; reclamando que se ordene al Ejecutivo no lo deporte en razón de que las autoridades administrativas de inmigración están violando la Constitución, pero en la práctica el indocumentado será deportado automáticamente. Hasta que no se cambie la ley migratoria garantizando al indocumentado que no será deportado, cuando éste se decida a presentar quejas o demanda por violaciones de autoridades gubernamentales, la garantía constitucional de la quinta enmienda será sólo una ilusión, una simple idea o un concepto lejano de la realidad del indocumentado¹⁰⁸.

¹⁰⁸ INS. Es el Organismo Público americano que gestiona la inmigración. El número actual de indocumentados que se encuentran en los Estados Unidos de América rebasa los siete millones de mexicanos. Como no se les reconoce, tampoco se les cuenta, y los censos que acaban de llevarse a cabo no los atiende el indocumentado por miedo a ser deportado, ni tampoco participa el patrón por miedo a ser sancionado. Por esta razón, resulta paradójico que la población a la que pertenece el indocumentado es reconocida como un grupo que existe, pero al que no se le ve.

6. Alcance de la garantía procesal de no declarar contra sí mismo.

Naturaleza jurídica

Este tema ha sido bastante desarrollado en los sistemas jurídicos de raigambre del *Common Law*. En particular bastante fecunda ha sido la jurisprudencia de los Tribunales estadounidenses. Más abajo citamos algunas Sentencias al respecto. La Constitución Política de los Estados Unidos recoge en su Quinta Enmienda el privilegio a no auto incriminarse en un proceso criminal, el cual ha sido interpretado por los Tribunales fijando su contenido y los valores tutelados a través de las enmiendas. De acuerdo a lo anterior, dos son los precedentes que han sido importantes al respecto:

En el caso *-Malloy v. Hogan*¹⁰⁹. El Tribunal Supremo Federal en dicha sentencia señaló que los objetivos buscados por el privilegio de la no autoincriminación son los siguientes:

- a) Prevenir abusos del que puedan ser objeto los ciudadanos por los agentes del Estado.
- b) Protección de la privacidad.
- c) Temor a que las declaraciones obtenidas coercitivamente serán de poca fiabilidad.
- d) Deseo de evitar colocar al imputado frente al dilema de auto incriminarse, cometer perjurio o incurrir en desacato.

¹⁰⁹ *Malloy v. Hogan* (378 U.S. 1, 84 S. Ct. 189, 1964).

e) La idea que sustenta al sistema acusatorio es que el Estado debe obtener evidencia inculpatoria a través de su propia labor y no a través del propio inculpado tal cual ocurre en los sistemas de tipo inquisitorio.

Respecto del caso *Murphy v. Waterfront Commission*(1964), se debe afirmar que en este fallo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió el derecho a no autoincriminarse como reflejo de uno de los valores fundamentales y de las mayores aspiraciones del pueblo norteamericano, toda vez que pretende evitar colocar a personas sospechosas de un delito(inocentes o no) ante el dilema de tener que: 1) autoacusarse, 2) incurrir en falso testimonio(perjurio), mintiendo o, 3) Incurrir en desacato, si se rehúsa a contestar.

La protección busca un punto fluctuante entre el interés legítimo del Estado en ejercer su *luz Puniendi* y el del individuo a no ser condenado mediante su propio testimonio. La garantía constitucional va dirigida a evitar arbitrariedades y abusos por parte del Estado, obligándolo a mantener la pureza de los procedimientos en consideración del derecho de inviolabilidad de la dignidad humana no importa el grado de culpabilidad del individuo.

Respecto a la naturaleza de la garantía se busca determinar el alcance o amplitud del privilegio. La doctrina y jurisprudencia norteamericana han señalado que “*la Quinta Enmienda no estará implicada a menos que la coacción de información incriminatoria requiera que una persona sea testigo contra sí mismo*”¹¹⁰. Desde este punto de vista el Tribunal Supremo Federal de

¹¹⁰ Así mientras en nuestro sistema un acusado no puede actuar en calidad de testigo en su propio proceso, en el sistema americano se le permite en la práctica de las pruebas en el juicio oral, declarar también como testigo en el juicio que se sigue en su contra, aunque sometido al status propio de los testigos.

EE.UU. ha concluido que solamente el testimonio o la comunicación del imputado se encuentra protegida por la Quinta Enmienda. Así lo señala el magistrado HOLMES en el caso *Holt v. United States*(1971) : “*la prohibición de coaccionar a un individuo en una Corte Criminal en orden a ser testigo contra sí mismo es una prohibición que apunta al uso de fuerza física o moral para obtener declaraciones de él, mas no una exclusión de su cuerpo como evidencia cuando puede ser de interés*” puesto que de otra manera “*se privaría al jurado de observar al imputado y comparar, de ese modo, sus rasgos con una fotografía acompañada como prueba*”¹¹¹.

La formulación moderna de la idea precedentemente señalada fue establecida por el magistrado BRENNAN en el caso en Schember, quien expresó :” *Sostenemos que el privilegio protege al acusado solamente de ser coaccionado a prestar testimonio contra sí mismo, o de otra manera, proveer al Estado una prueba de tipo testimonial o de naturaleza comunicativa*”¹¹².

Acto seguido la Corte explicó la distinción entre evidencia de naturaleza testimonial o comunicativa de la siguiente manera: “*La distinción que ha surgido, a menudo expresada en diferentes maneras, es que el privilegio es una regla contra los testimonios o comunicaciones coercitivos, pero esa compulsión que se aplica sobre el propio sospechoso o acusado de un delito a fin de obtener evidencia física o real no violaría la garantía*”¹¹³.

De modo que esta garantía procesal ampara exclusivamente al acusado contra el ofrecimiento de prueba de naturaleza testimonial y, por tanto, la obtención de prueba derivada de su propio cuerpo no implicará conculcación a

¹¹¹ En palabras del Magistrado Holmes en *Holt v. United States*.

¹¹² *Schember v. California*(1966).

¹¹³ *Schember v. California*(1966).

su derecho en la medida que se garantice al acusado su derecho a la confrontación en el procedimiento contradictorio como lo es la prueba científica.

Dentro de este orden de ideas la jurisprudencia norteamericana -en base a la distinción entre prueba testimonial y no testimonial (*testimonial / non testimonial*)- ha permitido al Estado obligar al acusado a que se pruebe la ropa incautada que permita su identificación, someterse a una extracción de sangre, participar en una rueda de sospechosos (*line-up*), producir una muestra de voz, incluso se ha señalado que este privilegio no ofrece protección contra la coerción para suministrar huellas dactilares, fotografías o medidas... aparecer en la Corte, pararse, asumir una determinada postura, caminar, o hacer un gesto en particular.

De hecho, a la vista de la historia a través de la cual se forjó la *cláusula de no autoincriminación* la definición de evidencia testimonial debe comprender todas aquellas respuestas a preguntas que, si formuladas a un sospechoso bajo juramento durante un juicio criminal, le podrían colocar en el inhumano dilema de autoinculparse, incurrir en falso testimonio-*perjurar*- o cometer desacato.

En conclusión, la garantía de no autoincriminarse tiene por finalidad evitar obtener del individuo, como testigo, revelaciones incriminatorias en un proceso en su contra y, por ende, quedarán excluidas de su ámbito de tutela las evidencias derivadas de su propio cuerpo en la medida que se clasifiquen como no testimoniales, en expresión de DORN GARRIDO¹¹⁴.

¹¹⁴ CARLOS DORN GARRIDO. "El testimonio de oídas y el privilegio de no auto incriminarse. Universidad de Valparaíso. Revista de Derecho Nº 8- agosto-2003).

Dentro de las características de la garantía de la no autoincriminación hay que señalar que se trata de un privilegio íntimo y personal, lo que significa que la parte está protegido por el privilegio consistente en no ocasionar la prueba que lo incrimine pero no de su obtención. Por ejemplo, si la justicia ordena al contable del imputado a suministrar documentación que incrimine al acusado, la garantía no se encuentra implicada puesto que si bien existe coerción mediante una orden judicial, está dirigida al contable que no es la persona incriminada por los informes. O dicho de otra manera no existe autoincriminación forzada: en palabras de la quinta enmienda, el contable no está siendo compelido a ser un testigo contra sí mismo sino que es un testigo contra el acusado¹¹⁵.

7. Modificaciones recientes de la Ley Miranda de 1966. La realidad actual de una restricción anunciada. Caso *Berghuis v. Thompkins*

Destacaba el día 2 de junio de 2010 el rotativo neoyorkino *New York Times* que el célebre caso de 1966(*Miranda vs. Arizona*) sigue dando mucho que hablar porque, pese a la aparente claridad de su doctrina, ésta continúa ofreciendo en la práctica zonas bastante oscuras. En el supuesto concreto enjuiciado(Sentencia Tribunal Supremo Federal de 1 de junio de 2010) , se procedió a leer con claridad tales derechos al detenido en cuestión, un ciudadano (Thompkins) acusado de asesinato, y a quien el agente encargado de su interrogatorio solicitó que leyese en voz alta el formulario de los derechos, cosa que hizo, pese a que se negó a firmarlo.

¹¹⁵ CARLOS DORN GARRIDO. Op. Cit. "El testimonio de oídas y el privilegio de no auto incriminarse. Universidad de Valparaíso. Revista de Derecho Nº 8- agosto-2003).

El problema se planteó porque durante el interrogatorio policial el detenido no solicitó la presencia de abogado y tampoco hizo uso de su derecho a guardar silencio, sino que si bien a ciertas preguntas no contestó, a otras lo hizo con monosílabos o movimientos de cabeza, hasta que el agente de policía le preguntó textualmente si creía en Dios a lo que, tras contestar el detenido expresamente que sí, posteriormente le preguntó si rezaba y, más en concreto, si rezaba para que Dios le perdonara por haber matado a un chico, a lo que Thompkins contestó que sí. Sobre esas manifestaciones, vertidas en una declaración que se prolongó durante tres horas, se le condenó en un juzgado, condena que fue ratificada por el Tribunal de Apelaciones¹¹⁶.

Posteriormente Thompkins planteó un procedimiento de *habeas corpus* al entender que sus declaraciones en el interrogatorio policial debían excluirse al haberse realizado vulnerando *los derechos Miranda*, tesis que fue rechazada por el juzgado federal, pero que sin embargo fue acogida por el Tribunal de Apelaciones del Sexto circuito judicial.

La resolución enuncia que si un detenido pretende invocar sus derechos Miranda en un interrogatorio policial, y, en concreto, hacer uso de su derecho a guardar silencio, debe manifestarlo expresamente, de tal manera que no puede inducirse que está haciendo gala de tal derecho por la mera circunstancia de guardar silencio o no cooperar abiertamente con los agentes; porque si actúa de tal manera sin manifestar expresamente su intención de acogerse a su

¹¹⁶ En la edición del *New York Times* de 2 de junio de 2010 se destacaba como noticia... "Ayer día 1 de junio de 2010 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos publicaba su sentencia *Berghuis v. Thompkins*, donde consagra una interpretación restringida de los famosos derechos de *Miranda*"

derecho constitucional de guardar silencio y posteriormente contesta a alguna pregunta o cuestión, aunque sea con monosílabos, tales contestaciones serán constitucionalmente válidas y podrán utilizarse en el ulterior proceso.

En definitiva, esta nueva doctrina constituye un paso atrás y una interpretación restrictiva o rigurosa de los derechos Miranda"¹¹⁷.

El Tribunal Supremo Federal, al decidir el caso de *Berghuis v. Thompkins*, estableció que es el sospechoso el que tiene el deber de informar a la policía de su deseo de permanecer en silencio durante el interrogatorio. De lo contrario, falló la corte, puede ser considerado como una renuncia a por el sospechoso de sus derechos.

El caso acabó ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. que dictó la referida Sentencia en fecha 1 de Junio de 2010. Previamente el Tribunal de Circuito Sexto de Apelaciones anuló la primera sentencia de condena, al considerar que el interrogatorio había violado los derechos de Thompkins de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación.

El Magistrado Kennedy, que estuvo acompañado en la opinión mayoritaria, del Presidente del Tribunal Supremo John G. Roberts Jr. y los jueces Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito Jr. A. pronunció.. "Un sospechoso que ha sido instruido y entendido las advertencias Miranda, y no

¹¹⁷ El Tribunal Supremo Federal revoca la sentencia del Tribunal de Apelaciones y en una sentencia adoptada por cinco votos (los de Anthony Kennedy –el ponente-, Roberts, Scalia, Thomas y Alito) frente a cuatro (Stevens, Gisburn, Breyer y Sotomayor, quien redactó un enérgico voto particular. Diario New York Times de 1 de junio de 2010. Pag. A15 de la edición de Nueva York.

ha invocado sus derechos Miranda, haciendo sin coacción una declaración a la policía renuncia al derecho de guardar silencio”

Como breve análisis debemos, en primer término significar el criterio disidente o voto particular de la Magistrado SONIA SOTOMAYOR que subrayó que el fallo *“marca un retroceso sustancial de la protección que ha proporcionado durante mucho tiempo contra la autoincriminación Miranda v. Arizona y a que ésta obliga”*. Se unieron a esta disconformidad o disenso los jueces JOHN PAUL STEVENS , RUTH BADER GINSBURG Y STEPHEN G. BREYER¹¹⁸.

En segundo lugar este precedente de junio de 2010, viene a corroborar que existe un conflicto vertiginoso en el retroceso de los derechos fundamentales del proceso penal en EE.UU. Debe advertirse que nos hallamos ante una comprometida decisión que a nuestro juicio cercena uno de los esenciales derechos del detenido como es la protección contra la autoincriminación y además contraría su insignia histórica en los anales del derecho judicial norteamericano, en este caso lo son las advertencias de Miranda-1966- .

Observando la importación de corrientes de doctrina jurisprudencial de los EE.UU., y la dinámica jurídico-social de nuestros días, puede inferirse que en un futuro no lejano no se descarte que podamos asistir a una doctrina similar en nuestros Tribunales Supremo y Constitucional.

¹¹⁸ Berghuis v. Thompkins.USA. Supreme Court. 1 de Junio de 2010.

V. LIMITACIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN

A. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES A “LA EXCLUSIONARY RULE”. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE EEUU.

1. Los límites a la regla de exclusión.

Al determinar el Tribunal Supremo de EEUU que la regla de exclusión no es un derecho constitucional implícito en la cuarta enmienda sino un mecanismo procesal establecido por el Poder Judicial para prevenir futuras violaciones a la Constitución por parte de los agentes policiales, la Corte Suprema ha permitido una serie de excepciones a la regla¹¹⁹. Al establecer estas excepciones, la Corte Suprema no ha redefinido lo que constituye una violación al derecho a la intimidad garantizado por la cuarta enmienda de la Constitución.

Sin embargo, ha definido situaciones en donde es posible admitir en un juicio penal pruebas obtenidas aún con violaciones constitucionales. Para establecer estas excepciones a la prohibición, la Corte Suprema ha usado un modelo de análisis que abarca el coste y beneficio en torno al cual oscilan los *costes sociales* que resultan de la exclusión de la prueba en contra del efecto disuasivo de la aplicación de la misma. Así visto significa o implica un criterios del Tribunal, en cual está ponderando por un lado, si cuando aplica la regla de

¹¹⁹ En España como se verá, las excepciones a la prueba ilícita son muy parecidas al entender que son importación doctrinal de EEUU. De hecho se han acuñado tanto por el TC como por el TS, las mismas expresiones, incluso en inglés. Vid. STC. 85/1994, STC 86/1995 STS 26/05/1997, las SSTS 210/1992, de 7 febrero SSTS 298/1994, de 7 febrero, 2054/1994, de 26 noviembre, 725/1995, de 5 junio y 499/1997, de 18 abril. STS 25/01/97,

exclusión, da como resultado la absolución de los acusados, la sociedad puede verse afectada en términos de política criminal, y en otro prisma el “*deterrent effect*” o efecto disuasorio sobre los agentes de policía cuando se aplicar la *exclusionary rule*.

2. Excepciones más destacadas a la regla exclusión.

Si realizamos un análisis histórico jurisprudencial podremos expresar y concluir que el Tribunal Supremo Federal ha instaurado unas reglas o teorías que excluyen a la regla de exclusión, y como más importantes se pueden exponer las que siguen: la legitimación procesal (*standing*), los frutos del registro, el *inevitable discovery* (descubrimiento inevitable), la excepción de la buena fe (*good faith exception*) y la doctrina del nexo atenuado o *tainted purgue*. A continuación hacemos un análisis y estudio jurisprudencial de los precedentes más relevantes en la historia judicial de los EEUU.

3. La regla de la legitimación procesal -*standing*-

Respecto del derecho a la intimidad garantizado por la cuarta enmienda de la Constitución, debe advertirse que es un derecho personal que solamente puede ser reivindicado por la persona cuyos derechos personales fueron directamente afectados por la violación constitucional¹²⁰. De esta afirmación

¹²⁰ Destaco que este criterio coincide con el mantenido por el Tribunal Supremo de España, en el caso que el autor de la tesis defendió y al que se ha hecho referencia en el capítulo introductorio, apartado Justificación de la elección del tema de investigación y relevancia. STS de 12 de noviembre de 1998..” *la legitimación para invocar vulneración de derechos fundamentales, corresponde exclusivamente al titular*

nace el concepto de legitimación procesal («*standing*») que se refiere a la capacidad legal que tiene el sujeto de oponerse a la presentación de pruebas obtenidas en su contra. Una persona acusada de un delito tiene derecho a oponerse a la presentación de pruebas en un juicio penal solamente si sus propios derechos constitucionales han sido violados. En aquellos casos en los cuales se alega una vulneración del derecho a la intimidad protegido por la cuarta enmienda constitucional, el tribunal determina, en primer lugar, si la persona está legitimada para alegar la violación del derecho evaluando el nivel de expectativa legítima de intimidad que tenía en el momento de realización de la acción policial.

El Tribunal Supremo Federal, en el caso de *Jones v. United States*(1999), estableció una regla de legitimación procesal bastante amplia al determinar que la constitucionalidad de un registro puede ser objetada por cualquier persona que estuviera “legítimamente en el lugar donde ocurrió el registro¹²¹. Sin embargo, en el caso de *Rakas v. Illinois*, la Corte Suprema definió la regla de una manera más precisa y restringida¹²².

En el caso citado el tribunal inferior decidió que el registro efectuado violaba el derecho de intimidad reconocido en la cuarta enmienda pero falló que los pasajeros no tenían capacidad para objetar la presentación de estas pruebas en sus respectivos juicios. La Corte Suprema diferenció este caso de *Jones* donde el acusado era un huésped en la casa de un amigo, tenía llave del

de los mismos, y no al otro acusado, el recurrente, aunque se beneficiaría de la estimación de los posibles infracciones, pues no se halla legitimado para plantearlas.-.” (F.D. SEXTO) .

¹²¹ 526 U.S. 227 (1999)

¹²² 439 U.S. 128 (1978) Rakas y dos sujetos más eran pasajeros en un vehículo en el cual la policía encontró balas en la guantera y una escopeta debajo del asiento del pasajero al lado del conductor.

apartamento, había ropa suya en el armario de la vivienda pero solamente había pasado una noche en la casa¹²³. *Rakas* y sus compañeros argumentaron que su situación era similar a la de Jones ya que ellos eran unos pasajeros ocasionales que estaban en el coche legítimamente, esto es, con el consentimiento del dueño que estaba conduciendo el vehículo en el momento del registro. La Corte Suprema decidió limitar el concepto de legitimación establecido en Jones encontrando que la frase «legítimamente en el lugar» era excesivamente amplia. En su lugar, la Corte Suprema estableció una regla bajo la cual solamente aquéllos que tienen *una expectativa de intimidad* en el lugar del registro tienen capacidad para objetar la constitucionalidad del mismo. Aplicando esta regla a la situación de *Rakas*, la Corte Suprema consideró que los pasajeros “*no tenían ninguna expectativa de intimidad en las áreas del vehículo sujeto al registro ni eran los propietarios del mismo*”.

Posteriormente, la Corte Suprema en *United States v. Salvucci* (1980) decidió revocar la sentencia de Jones aduciendo que la simple posesión del objeto del registro no confería legitimación suficiente para oponerse a la constitucionalidad de la acción policial¹²⁴. Al hacer esto, reiteró que la única prueba que importa es si la persona que alega una violación de su derecho a la intimidad garantizado por la cuarta enmienda tiene una expectativa real de intimidad en el área- espacio- sujeta al registro y si esa expectativa es razonable. En un proceso penal el efecto práctico de este límite a la regla de exclusión se traduce en que un fiscal puede acusar a un sujeto de posesión de contrabando y, al mismo tiempo, afirmar que el acusado no tiene capacidad

¹²³ *Jones v. United States*(1999)

¹²⁴ *United States v. Salvucci*. 448 U.S. 83 (1980).

legal- legitimación - para alegar que le sea aplicada la regla de exclusión en función de que esas pruebas obtenidas y presentadas en un proceso son inconstitucionales.

En este caso la acusación consistió en posesión ilegal de robo de correo. El material supuestamente sustraído había sido intervenido por la policía durante un registro realizado en virtud de una orden judicial, en un apartamento alquilado por la madre de un acusado. Este espacio en el que se reclamaba la protección de regla de exclusión por una supuesta vulneración de la intimidad, prevista en la Cuarta Enmienda, no fue extensible a los ocupantes no arrendatarios allí presentes, dado que no eran los titulares del apartamento. Lo era la madre de uno de los acusados. Esta es la falta de legitimación y la no existencia en el supuesto de expectativa real de intimidad.

En un pronunciamiento posterior, en 1980, *Rawlings v. Kentucky*, el Tribunal Supremo Federal revisó un caso en el cual una persona le entregó a una mujer drogas para esconderlas en su cartera. La policía realizó un registro de la cartera y encontró las drogas. *Rawlings* intentó excluir las drogas de su juicio ya que el fiscal alegaba que él era el dueño de las mismas. La Corte Suprema rechazó su argumento sosteniendo que lo que el tribunal inferior tiene que determinar no es si *Rawlings* era el dueño o no de las drogas sino si tenía una expectativa de privacidad en la cartera de la mujer. La ocupación del bolso tuvo lugar en una entrada y registro en el que la dueña de la casa era una mujer. Allí había además otras personas ajenas al domicilio y sin vínculos con la titular. La policía registró el bolso de la mujer, y el acusado dijo que las sustancias eran suyas. Por tanto esta Sentencia viene a confirmar lo dicho en

el caso anterior, la expectativa real de intimidad no estaba en un bolso ajeno al dueño de las sustancias. Si bien en un tribunal inferior quedó suprimida la prueba, el superior la revoca, y mantiene que el dueño de las drogas no tiene una expectativa de intimidad real en un bolso que no le pertenece. Carece de legitimación para la protección de la Cuarta Enmienda.

A tenor de lo comentado, expone SALAS CALERO a título de ejemplo: un visitante que solamente se hospeda en una casa una noche con el propósito exclusivo de preparar cocaína para la venta no tiene derecho a alegar que el registro de la misma viola su derecho a la intimidad garantizado por la Cuarta Enmienda¹²⁵.

En *United States v. Payner*(1980) éste último fue acusado de falsificar una declaración federal de impuestos. El Tribunal Supremo Federal revisó un caso en el que unos agentes de la Agencia Federal Tributaria sustrajeron el maletín a un empleado de un banco extranjero mientras visitaba los Estados Unidos, en cuyo interior había documentos que comprometían al acusado. El propósito de la agencia era encontrar pruebas en contra de *Payner*¹²⁶. Este argumentó que el tribunal inferior debería ejercer su poder de supervisión sobre la conducta de los agentes federales y prohibir que se presentaran estas pruebas que habían sido obtenidas como resultado de un robo. El Tribunal Supremo Federal consideró que *Payner* no tenía expectativa de privacidad en el maletín del empleado bancario y por lo tanto no podía objetar la presentación de las pruebas obtenidas en su propio juicio. En su fallo, la Corte Suprema no

¹²⁵ SALAS CALERO,L. *Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal: últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria*. edit. Tirant. Lo Blanch.com Valencia. 2008. p.11. .

¹²⁶ 447 U.S. 727 (1980)

aceptó los argumentos del solicitante, quien invocó que el asentimiento a este acto ilegal- el robo del maletín por las agentes federales- afectaría la dignidad judicial.

Los casos de *registros de vehículos* representan un importante porcentaje de asuntos en los cuales el tribunal tiene que determinar quién tiene capacidad para oponerse al registro. Está claro que el dueño del vehículo puede oponerse, sin embargo, la duda normalmente surge acerca de *los pasajeros*. Aunque la Corte Suprema no ha tenido oportunidad de resolver suficientes casos de este tipo para establecer una regla clara.

En *United States v. López*(1995), un sujeto que era el conductor del vehículo y que lo usaba con el consentimiento del dueño tenía derecho a objetar la presentación de pruebas en su contra obtenidas como resultado de un registro ilegal del vehículo¹²⁷. Sin embargo, en *United States v. Powell* (1984) un tribunal de apelaciones le negó el mismo derecho al ladrón de un vehículo aunque era el conductor cuando ocurrió el registro¹²⁸.

El dueño de una mochila encontrada en el maletero de un coche en el que iba de pasajero no puede objetar al registro de ésta cuando al inicio del registro le dijo a la policía que él no era el dueño sino que era propiedad del conductor del auto. Así ocurrió en el caso *United States v. Magnum*¹²⁹

En algunos casos, el Tribunal Supremo Federal ha prohibido al dueño del vehículo oponerse a la presentación de pruebas en su contra cuando lo ha

¹²⁷ 514 U.S. 549 (1995)

¹²⁸ *United States v. Powell*, 469 U.S. 57 (1984)

¹²⁹ *United States v. Magnum*, 100 F. 3d 164, 170 (D.C. Cir. 1996)

alquilado a otra persona aún cuando el dueño del vehículo era un pasajero durante el registro policial. En el caso *Boruff* (1990) éste había preparado un viaje a la frontera para comprar y traficar con estupefacientes. Previamente había comprado un vehículo con documentación que puso a nombre de su cómplice (*Taylor*) que era quien conducía. Fueron interceptados y detenidos por la policía y *Boruff* hizo todo lo posible para desvincularse de las mercancías de la camioneta que él había comprado. (*United States v. Boruff* (1990)¹³⁰.

El tribunal de distrito dictaminó que la detención y registro de la camioneta era ilegal, que las pruebas obtenidas como resultado de la misma era inadmisible, y que no podía, por tanto, ser utilizada para condenar a *Taylor* o *Boruff*. Posteriormente el Tribunal Supremo Federal declaró que carecía de legitimación para impugnar el registro policial del camión y, por lo tanto, revocó la orden del tribunal de distrito de la supresión de pruebas referidas a él¹³¹.

¹³⁰ 909 F.2d 111, 117 (5th Cir. 1990)

¹³¹ De hecho, los Tribunales de Circuito: Secciones Cuarta, Quinta, Sexta y Décima de Apelaciones han reconocido que, como una propuesta general, un conductor no autorizado de un vehículo de alquiler no tiene una expectativa legítima de la intimidad en el vehículo, a pesar de que él o ella recibió el permiso del arrendatario para su operación. Ver *United States v. Seeley* , 331 F. 3d 471, 472 (5th Cir 2003.) (por curiam), Estados Unidos v. Smith, 263 F. 3d 571, 586 (6to círculo 2001.) *Estados Unidos v. Edwards* , 242 F. 3d 928, 936 (10 ° Cir 2001.) *Estados Unidos vs Wellons* , 32 F. 3d 117, 119 (4th Cir 1994.) *Estados Unidos contra Roper* , 918 F.2d 885, 887-88 (10 ° Cir 1990.) *Estados Unidos vs Boruff* , 909 F. 2d 111, 117 (5th Cir 1990.) *Estados Unidos contra Obregón* , 748 F.2d 1371, 1374-75 (10 ° Cir 1984.).

Algunas decisiones de los Tribunales del Circuito Octavo y Noveno de Apelaciones, por el contrario, han declarado que un conductor no autorizado de un vehículo de alquiler, que tiene permiso del arrendatario autorizado, puede impugnar el registro de dicho vehículo. Ver *United States v. Thomas* , 447 F.3d 1191, 1198-99 (9th Cir 2006.) *Estados Unidos v. Best* , 135 F.3d 1223, 1225 (octava Cir 1998.) *Estados Unidos contra Muhammad* , de 58 años F.3d 353, 355 (8 ° Cir 1995.) (por curiam), véase también Estados Unidos c. Dennis, Acción Penal N ° 06-650-01, 2007 Dist EE.UU.. LEXIS 54526, 2007 WL 2173394, en ** 6.5 (ED Penn. 26 de julio 2007). Una vez revisadas, sin embargo, estas decisiones son menos convincentes. Por ejemplo, en *Thomas* , el tribunal opinó que "un conductor no autorizado que recibió el permiso para usar un coche de alquiler y tiene la autoridad conjunta sobre el coche podrá impugnar el registro en la misma medida que el arrendatario autorizado." 447 F.3d en 1199. Para llegar a esta conclusión, el Noveno Circuito específicamente se ha basado en sus decisiones anteriores que establecen que el arrendatario y conductor que tenga permiso del propietario para utilizar un vehículo puede tener expectativas razonables de privacidad. El 11º Circuito, en sus decisiones sobre estas cuestiones, señaló explícitamente una distinción entre el que tiene el permiso del propietario de un

En *United States v. Padilla*(1993), el Tribunal Supremo Federal revisó un caso en el cual un cómplice de una organización criminal, en la que sus miembros ejercían el control y la propiedad de las drogas no puede poner objeciones a un registro de un vehículo por el sólo hecho que sea partícipe de la conspiración para delinquir¹³². La expectativa de privacidad que protege la Cuarta Enmienda únicamente legitimaba a los autores, organizadores y cerebros de la operación de tráfico de drogas, a los dueños de la mercancía.

En aquellos casos en los cuales se alega una violación a la Quinta o Sexta Enmienda, el tribunal debe enfocar la relación directa entre el derecho constitucional y la persona que alega la violación.

Los siguientes ejemplos jurisprudenciales ilustran la regla anterior: En el caso de *Bellis v. U.S.*(1974), la Corte Suprema decidió que el derecho a mantener silencio bajo la quinta enmienda es un derecho personal y no puede ser alegado por un miembro de una sociedad disuelta¹³³.

Un individuo que es representante de una entidad colectiva, no puede rehusar la aportación de los documentos de la sociedad aunque los mismos le puedan incriminar.

El derecho a mantener silencio no puede ser alegado por un banco o un consultor para prevenir la obtención de documentos preparados por el

vehículo alquilado legalmente (pero incumplió el contrato al no devolver el vehículo según lo prometido) y uno que, sin la autorización del propietario, simplemente utiliza el vehículo, aunque con el permiso del inquilino. Ver *Cooper* , 133 F.3d en 1400, *Miller* , 821 F.2d en 548.

¹³² *United States v. Padilla* (92-207), 508 U.S. 77 (1993)

¹³³ *Bellis v. United States*, 417 u.s. 85 (1974)

consultor empleado por el banco como requisito de reglas bancarias federales, tal y como se desprende de *First E. Corp. v. Mainwaring (1994)*¹³⁴.

En definitiva en la casuística jurisprudencial comentada, para alegar una expectativa razonable o real de una vulneración de la intimidad, y poseer legitimación para su impugnación- solicitar la supresión de la evidencia- se debe poner en relación con el concepto de dueño o propietario del vehículo en cuestión, dado que lo protege la Cuarta Enmienda es la propiedad no otras formas de posesión o uso de un vehículo.

4. Los frutos de la conducta anticonstitucional y su aplicación a las pruebas derivadas. La doctrina de los frutos del árbol envenenado

La regla de exclusión se aplica no solamente a las pruebas obtenidas como resultado directo del registro sino que resulta también que es de aplicación a las *pruebas derivadas de la violación constitucional original*. Esto es comúnmente conocido como «el fruto del árbol envenenado» y fue establecido en *Wong Sun v. United States(1963)*¹³⁵. Tanto en este caso como en *Brown v. Illinois(1975)* la Corte Suprema tuvo que evaluar si había suficiente nexo entre la prueba presentada en un juicio y el registro ilegal original que justificaba la exclusión de la prueba en juicio. En *Brown*, el acusado fue detenido ilegalmente pero fue informado de sus derechos a

¹³⁴ 21 f.3d 465, 468 (d.c. cir. 1994)

¹³⁵ *Wong Sun v. EE.UU (1963)*. Hace referencia a un caso de importaciones ilegales en el que se prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal, *United States, 371 U.S. 471 (1963)*.

mantener silencio de acuerdo con los requisitos de la quinta enmienda de la Constitución¹³⁶. Durante dos diferentes interrogatorios el acusado confesó.

En ambos casos se le informó de sus derechos. La primera confesión tuvo lugar 90 minutos después de su detención y la segunda siete horas después de ser detenido. Brown intentó excluir ambas confesiones alegando que fueron resultado directo de su detención ilegal. *En Wong Sun*, la Corte Suprema había fallado que no toda prueba es “fruto del árbol envenenado” simplemente porque no se hubiera obtenido si no hubiera sido por la conducta impropia de la policía.

En *Brown v. Illinois* (1975) se planteó que la pregunta a resolver en estos casos es si «después de establecer la ilegalidad de la conducta policial inicial, la prueba que se está objetando se obtuvo como resultado directo del acto inicial o por medios suficientemente distintos del acto ilegal original».

La Corte Suprema en Brown rechazó el argumento del Ministerio Fiscal que sostenía que, al informarle al detenido de sus derechos a mantener silencio, se había roto el nexo entre la detención ilegal y la confesión. Las advertencias legales que exige el caso *Miranda* se formulan para proteger los derechos a mantener silencio y a no autoincriminarse, garantizados por la quinta enmienda pero no afectan al derecho a la intimidad protegido por la cuarta enmienda.

¹³⁶ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975). Este caso se encuentra en la encrucijada de la Cuarta y la Quinta Enmiendas. El apelante fue detenido sin causa probable y sin una orden judicial. Brown fue informado en su totalidad de las advertencias prescritas por *Miranda v. Arizona*, 384 EE.UU. 436 (1966). Posteriormente, durante su detención, hizo dos declaraciones inculpatorias. La cuestión suscitada fue si las pruebas de esas declaraciones tras una detención ilegal fueron debidamente admitidas, o deberían haber sido excluidas, en el juicio posterior que sostuvo el apelante ante un tribunal estatal por cargo de asesinato.

Como ambas confesiones tuvieron lugar mientras Brown estaba detenido ilegalmente, cualquier declaración hecha debía ser excluida.

En Oregon v. Elstadt (1985), la Corte Suprema falló en un caso en el que el acusado Elstadt, fue detenido legalmente en su casa pero no se le informó de sus derechos a mantener silencio de acuerdo con las reglas establecidas en Miranda¹³⁷. El detenido confesó. Poco tiempo después, la policía le informó de sus derechos o advertencias de Miranda y él confesó de nuevo. La Corte Suprema diferenció aquellos casos en los cuales la exclusión de la prueba se solicita por un registro o detención ilegal (Cuarta Enmienda) y aquéllos en los que se solicita la exclusión de pruebas como resultado de declaraciones efectuadas en casos de detenciones irrazonables en los que se aplica la regla de los frutos de una acción policial que vulnera derechos fundamentales del detenido. La Quinta Enmienda protege a las personas contra el uso de declaraciones involuntarias. En expresión del Tribunal “*Las declaraciones hechas sin las advertencias de Miranda establecen una presunción de involuntariedad. Pero sin embargo, la presunción de inconstitucionalidad establecida en Miranda no requiere que los frutos de las confesiones hechas voluntariamente sean excluidas automáticamente*”.

Un interrogatorio policial en el que no se le informa al detenido de su derecho a mantener silencio, y no se ejercen presiones o existen circunstancias coactivas que influyan la decisión del detenido, no implica necesariamente que se excluyan las pruebas que puedan resultar de una segunda confesión que sí cumple con los requisitos de Miranda.

¹³⁷ Oregon vs. Elstadt, 470 us 298 (1985)

En el caso *Rawlings v. Kentucky* (1980), la Corte Suprema permitió que se admitiera como prueba la confesión de Rawlings que fue detenido ilegalmente en una vivienda mientras la policía se dirigía ante un magistrado para obtener una orden de registro de su domicilio¹³⁸. En el momento de la detención, la policía informó a *Rawlings* de su derecho a mantener silencio, derecho al que se acogió. Durante el registro de la casa, Rawlings confesó ser autor del delito cuando la policía encontró pruebas del mismo. La Corte Suprema tomó en cuenta que la detención de 45 minutos tuvo lugar en un domicilio y no en una cárcel, que aparentemente había un ambiente amistoso entre el detenido y los policías, que el error de detener a Rawlings mientras buscaban una orden judicial no era grave ni se había producido de mala fe y que no había prueba de que la declaración fuera involuntaria. Al revisar todos estos hechos, la Corte Suprema falló que la confesión no era un resultado directo de la detención ilegal original.

En el caso de *United States v. Patane*, decidido en 2004, el Tribunal Supremo Federal determinó que las pruebas materiales que fueron obtenidas como resultado de declaraciones hechas sin cumplir con los requisitos de *Miranda* no estaban excluidas en un juicio penal. Los hechos que dieron lugar a la citada resolución son los siguientes: dos policías fueron a la casa de Patane para detenerlo por violación de una orden judicial de alejamiento que le prohibía molestar y acercarse a su ex-novia. Cuando uno de los detectives

¹³⁸ El demandante fue acusado de posesión con la intención de vender las sustancias controladas que se recuperaron de una bolsa que no le pertenecía. El tribunal de primera instancia de Kentucky le denegó la audiencia preliminar de supresión de pruebas, como frutos de una detención ilegal y registros ilegales, las drogas, el dinero y las declaraciones hechas por él cuando la policía descubrió la droga. La resolución fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Kentucky y el Tribunal Supremo de Kentucky, a su vez, declaró que el solicitante no tiene legitimación activa para oponerse al registro de la bolsa de otra persona. El Tribunal Supremo Federal confirma estos criterios.

comenzó a informar a Patane de sus derechos, conforme a Miranda, Patane contestó que ya sabía sus derechos y el detective dejó de informar al detenido de sus derechos. Durante el interrogatorio Patane confesó tener un arma en su posesión, que fue incautada por la policía y usada en su contra por tenencia de armas. La Corte Suprema diferenció entre las declaraciones verbales de Patane, las cuales no fueron utilizadas en su contra y las pruebas materiales que resultaron del interrogatorio prohibido y permitió el uso de las pruebas materiales en contra de Patane¹³⁹.

En otro caso del año 2004, la Corte Suprema en *Missouri v. Seibert* (2004), sin embargo prohibió el uso de declaraciones hechas por un detenido que fue interrogado sin haber sido informado de sus derechos y pocos minutos después confesó sin que previamente le informaran de los mismos¹⁴⁰. La Corte Suprema rehusó aplicar la prohibición establecida en *Wong Sun v. United States* y estableció que en casos de «doble interrogatorio», las declaraciones hechas después de haber sido informado de sus derechos conforme a Miranda pueden ser usadas en su contra si las advertencias requeridas por Miranda no eran efectivas. Las advertencias de Miranda no son efectivas si una persona juiciosa (razonable) en las mismas circunstancias que el acusado no se sintiese libre de mantener silencio. Para realizar este análisis los Tribunales deben considerar «la totalidad y el nivel de detalle obtenido en el primer interrogatorio, las coincidencias entre un interrogatorio y otro y hasta qué grado el segundo interrogatorio era una continuación del primero.

¹³⁹ Samuel Patane sostuvo ante el Tribunal que su detención viola la Cuarta Enmienda en base a la prohibición de registros y embargos arbitrarios y además la Quinta Enmienda por el derecho a no declarar contra sí mismo porque no había causa probable para arrestarlo y debido a que el arma había sido encontrada como resultado de una confesión sin las advertencias de Miranda.

¹⁴⁰ *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004)

En resumen, en este epígrafe se ha hecho referencia a diversos precedentes históricos norteamericanos que abordan la doctrina del árbol envenenado y determinadas limitaciones, con fundamento originario en los derechos de guardar silencio y a la no autoincriminación, las advertencias de Miranda y sus variantes jurisprudenciales posteriores. La doctrina jurisprudencial reseñada anteriormente implicaba que tanto la prueba inconstitucional inicial como sus frutos o pruebas derivadas no podían ser valorados para enervar la presunción de inocencia. Entiendo que el caso *Wong Sun v. United States*, en el que se estableció la doctrina de más apogeo garantista, se mantuvo poco tiempo, ya que si observamos en la mayoría de las sentencias aparecen excepciones y trabas doctrinales a la aplicación de la doctrina del árbol envenenado o ponzoñoso, que desembocan en condenas de los acusados. En definitiva criterios contrapuestos y contradicciones de la Jurisprudencia.

B. NUEVAS EXCEPCIONES EN EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PRIMARIAS Y DERIVADAS.

Una de las cuestiones que surgen del fallo de *Nix v. Williams* (1984) es si la regla de exclusión solo es aplicable a pruebas derivadas del acto policial ilícito y no a aquéllas otras pruebas directamente relacionadas con el acto ilegal. En el caso de Nix, por ejemplo, se excluyó la confesión del acusado que fue obtenida con violación de los derechos del detenido. Sin embargo, se

permitió la prueba del hallazgo del cuerpo de la víctima que fue derivada de la confesión¹⁴¹.

Un tribunal federal de apelaciones se enfrentó con esta duda cuando falló en un caso en el cual diversos policías cachearon a un detenido y encontraron drogas en una bolsa. El registro inicial fue declarado anticonstitucional por atentar contra los derechos de intimidad del detenido. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal determinó que la policía hubiera podido registrar la bolsa como parte de una relación de las pertenencias o efectos personales de todos los ciudadanos que son detenidos. Por lo tanto, el tribunal permitió la presentación de la prueba argumentando que la misma hubiera sido «inevitablemente descubierta» durante el registro como parte de sus efectos personales intervenidos. El tribunal de apelaciones llegó a la misma conclusión en un caso en el cual justificó el registro de un coche con base en que las pruebas obtenidas habrían sido encontradas durante un inventario o relación de efectos del registro contenido en el vehículo, algo que la policía hace regularmente cuando incauta un automóvil¹⁴².

La aplicación de este razonamiento ha llevado a otro tribunal a concluir que las pruebas obtenidas como resultado de un registro en el que se efectuó una relación de efectos personales o inventario que no cumplía los requisitos constitucionales aplicables a esta excepción a la Cuarta Enmienda, podían ser

¹⁴¹ 467 EE.UU. 431 Nix v. Williams (1984) Apoya la conclusión de que el grupo de búsqueda en última instancia, inevitablemente, habría descubierto el cuerpo de la víctima. La prueba del hallazgo del cadáver muestra claramente que los investigadores se acercaban a la ubicación real del cuerpo. Cuando la búsqueda se había reanudado, el demandado no llevó a la policía hasta el cuerpo, pero éste inevitablemente se habría encontrado.

¹⁴² United States v. Wade, 388 EE.UU. 218 (1967)

admitidas en un juicio ya que las mismas habrían sido válidas si el registro hubiera sido llevado debidamente¹⁴³.

En *United States v. \$639,558.00(1994)*, un Tribunal de Apelaciones excluyó pruebas encontradas en diversas maletas que fueron producto directo de un registro ilícito aun cuando dichas pruebas hubieran sido encontradas durante un inventario o relación de bienes y enseres personales.

El tribunal se opuso a la aplicación de la excepción de descubrimiento inevitable, basándose en su doctrina en virtud de la cual un inventario con relación de bienes o enseres personales incautados hubiera revelado el contenido de las maletas.

La Corte Suprema concluyó que la aplicación de esta excepción conllevaría que en la mayoría de los casos no habría ningún incentivo para presentarse ante una autoridad judicial y obtener una orden de registro (o inclusive para esperar al momento en que se realiza el inventario de pertenencias o efectos personales).

La policía podría llegar a esta conclusión por su cuenta. Contrariamente al supuesto de Nix, los agentes de policía inevitablemente estarían en condición para determinar si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente ya que están en conocimiento de la existencia de procedimientos establecidos para realizar inventarios de los bienes incautados. El tribunal diferenció entre pruebas que son un resultado directo de la acción policial ilícita y pruebas derivadas de éstas. Esta diferenciación entre pruebas

¹⁴³ Massiah contra los Estados Unidos, 377 EE.UU. 201 (1964).

primarias y derivadas no representa la opinión de los tribunales de apelaciones que han aplicado el fallo de *Nix*¹⁴⁴.

En esta nueva fase de doctrina jurídica del Tribunal Supremo Federal, en la que ha añadido nuevas excepciones a la regla de exclusión- tanto a la originaria como a la refleja u derivada- se puede desprender del análisis de las sentencias, cómo ante nuevas situaciones fácticas, se crean doctrinalmente nuevas excepciones, aunque se rechazan otras.

De cualquier modo el elenco de excepciones y limitaciones a la aplicación de la regla de exclusión va acentuándose a medida que pasan los años. No obstante, las nuevas limitaciones parece que son aplicaciones variantes con una singular adaptación al caso concreto debatido e inspiradas en las ya consolidadas en la jurisprudencia años antes, como sería el caso de la doctrina de la *inevitable discovery*, y en estos casos parece que derivadas y próximas a esta última doctrina.

Recordemos que el descubrimiento inevitable es una doctrina jurisprudencial en los Estados Unidos propia del proceso penal que permite que las pruebas de la culpabilidad de un acusado que de otra manera fuesen consideradas inadmisibles en virtud de la regla de exclusión, puedan ser admitidas como pruebas válidas en un juicio.

Ésta doctrina fue adoptada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Nix v. Williams* en 1984. Sostiene que las pruebas obtenidas en violación de los derechos constitucionales del acusado es admisible en un tribunal si se puede establecer, por una preponderancia de la

¹⁴⁴ 467 EE.UU. 431 *Nix v. Williams* (1984)

evidencia, que la investigación policial normal habría, inevitablemente, llevado al descubrimiento de las pruebas. El fundamento de la regla es que la mala conducta policial queda suficientemente disuadida y los intereses de la sociedad están mejor servidos por situar a la policía en la misma posición que habría sido sin la violación de los derechos, no en una posición peor.

Si se llevara a sus últimas consecuencias el razonamiento que se ha venido aplicando a los casos en que se permite que los agentes policiales realicen inventarios de efectos personales (relación de pertenencias), la policía podría argumentar en aquellos casos en los que no obtuvieron una orden judicial que la prueba obtenida como resultado de un registro que viola los derechos a la intimidad debería ser admitida ya que un juez hubiera emitido la orden si le hubieran presentado la solicitud. Por lo tanto, la regla del descubrimiento inevitable se debe aplicar siempre y cuando la policía tenga suficientes pruebas en su poder en el momento de realización de la acción que si se hubieran presentados ante un juez, éste hubiera emitido la orden correspondiente. La orden, de acuerdo con este razonamiento, hubiera sido emitida y la policía habría encontrado las pruebas por este medio constitucional.

En United States v. Brown(1965), un tribunal de apelaciones sometió a consideración este argumento y lo rechazó. Aceptar este planteamiento, sostuvo el Tribunal, eliminaría el requisito de una orden judicial previa a una entrada y registro en todos los casos en los que la policía tuviera suficientes pruebas para solicitar una orden judicial pero en los que, sin embargo, en

realidad no la solicitó al juez. La mayoría de los restantes tribunales federales de EEUU que han considerado esta extensión del razonamiento de Nix lo han rechazado¹⁴⁵.

Sin embargo, en *United States v. Souza(2004)*, el tribunal de apelaciones permitió la presentación de pruebas obtenidas sin orden judicial porque el Ministerio Fiscal había dado los pasos necesarios para obtener la orden aunque la policía no la tenía en mano cuando efectúo el registro¹⁴⁶.

En síntesis, según las tendencias históricas, en unos casos se ha venido aplicando la doctrina de “inventarios de enseres o relación de pertenencias” – apreciamos que puede ser una ramificación del descubrimiento inevitable- donde la policía podría justificar aquellos supuestos que actuaron sin orden judicial en registros que afectan a la intimidad alegando que un juez hubiera dictado la orden de registro en caso de cursar la solicitud. En otros supuestos se ha rechazado y dictaminado que es precisa la orden previa de registro para el debido cumplimiento constitucional.

¹⁴⁵ Vid. *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 u.s. 266 (1973) ,413 U.S. 266, *Ker v. California*, 374 U.S.,

¹⁴⁶ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Submitted November 2, 2004.*Filed December 22, 2004.

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA INEVITABILIDAD DEL DESCUBRIMIENTO.

Para que un Tribunal permita la presentación de pruebas obtenidas como resultado de acciones policiales que violan derechos constitucionales, el Ministerio Fiscal tiene que establecer que la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Por ejemplo, en los casos de inventarios o relación de efectos, mencionados anteriormente, el Ministerio Fiscal tiene del deber de probar que la lista de efectos hallados que utilizan como justificación es una práctica que se sigue regularmente bajo unas reglas establecidas.

Un Tribunal Federal de apelaciones falló en 1988 que la pregunta fundamental a la que debe dar respuesta el juez que revisa un argumento de aplicación de la regla del descubrimiento inevitable es si la tesis del Ministerio Fiscal es teórica o si tiene una base real¹⁴⁷. En este caso (*United States v. Feldhacker-1988-*) un policía registró el equipaje del pasajero de un autobús y encontró drogas. Admitiendo que el registro era ilegal, el Ministerio Fiscal argumentó que el policía podría haber traído a un perro adiestrado, que estaba cerca, y que hubiera detectado las drogas lo que hubiera justificado el registro. El Tribunal de Apelaciones rechazó este argumento y mantuvo que la cuestión no es si el policía podía haber usado el perro sino si lo hubiera usado. La palabra clave es «descubrimiento inevitable» y la regla no permite especulación alguna acerca de todos los hechos que podían haber ocurrido para justificar la actuación policial.

¹⁴⁷ *United States v. Feldhacker*, 849 F2d 293 (8th Cir. 1988).

Otro caso análogo fue *United States v. Allen*(2007), en el cual un policía registró un bolso durante el curso de un registro masivo de pasajeros de autobuses. El Ministerio Fiscal argumentó que si el policía no hubiera abierto el bolso, el agente habría llamado a otro policía que estuviera a cargo de un perro para que olfatease la bolsa. Aunque había un perro adiestrado en drogas en la misma estación de autobuses, el Tribunal de Apelaciones rehusó aplicar la excepción de descubrimiento inevitable. No existía prueba alguna que demostrara que la policía habría usado el perro; es más el policía a cargo del animal declaró que éste nunca había sido utilizado para olfatear maletas en un autobús. El tribunal, al rechazar el argumento del Ministerio Fiscal, diferenció entre lo que el policía podría haber hecho y lo que, en efecto, hizo.

Expone el Tribunal del caso citado *Allen* que para aplicar la regla del descubrimiento inevitable es preciso que el tribunal acepte la existencia de actos que no tuvieron lugar, aunque, por definición dichos actos tienen que haber sido probables, es más inevitable, si no hubiera sido por la conducta impropia del Ministerio Fiscal.

En *United States v. Gravens*(2004), la prueba de la transferencia de un arma se consiguió por medio de su número de serie, cuyos datos se obtuvieron como resultado de un registro inconstitucional. La prueba se admitió porque el policía hubiera podido obtener la misma información por medio de una descripción del arma, la fecha y lugar donde se adquirió.

En otro caso, un Tribunal de Apelaciones permitió la presentación de pruebas que se obtuvieron como resultado de un registro inconstitucional

porque la policía hubiera encontrado la prueba después que el dueño dio su consentimiento para realizar el registro¹⁴⁸.

El mismo resultado se alcanzó en el caso *United States v. Johnson* (1994) en el cual un empleado de una aerolínea pensó que una maleta era sospechosa¹⁴⁹. Las pruebas del registro inconstitucional de la maleta efectuado por la policía fueron permitidas ya que el empleado de la aerolínea estaba autorizado para registrarla y la hubiera registrado.

En otros casos, los tribunales de apelaciones han rechazado la aplicación de la regla del descubrimiento inevitable. Por ejemplo, en *United States v. Vásquez Reyes* (1985), el tribunal no permitió la presentación de una declaración del acusado relativa a que su matrimonio era fraudulento a pesar de que se hubiera obtenido el mismo resultado por un agente de inmigración durante una entrevista de las que ordinariamente tienen lugar (Tribunal Apelaciones del 11th Cir. 1985)

Algunos Tribunales Federales de Apelaciones correspondientes a distintos circuitos han requerido que el Ministerio Fiscal pruebe que éste estaba activamente realizando en circuitos o jurisdicciones diferentes otras investigaciones para aplicar la regla del descubrimiento inevitable.

¹⁴⁸ En síntesis expresa la Sentencia que en opinión de Jones, este Tribunal resuelve un importante corolario de la regla de descubrimiento inevitable. Cuando el Gobierno se basa en la regla de descubrimiento inevitable, lleva la carga de la prueba, por la preponderancia de la evidencia, que habría sido capaz de descubrir la prueba a través de medios lícitos. Jones, 72 F.3d en 1334 (citando a Nix, 467 EE.UU. en 444, 104 S.Ct. en 2509). El agente Cronin sabía, sin la ayuda del número de serie, que los desaparecidos tenían las armas de fuego, una escopeta Ithaca calibre 12 y un rifle Remington calibre .22. También sabía la fecha en que la escopeta había sido comprada en esta tienda en particular.

¹⁴⁹ *United States v. Johnson*, 674 (6th Cir. 1994)

Cabe expresar que el Ministerio Fiscal puede defender la aplicabilidad de la regla del descubrimiento inevitable demostrando que la aplicación de prácticas rutinarias policiales hubiera permitido el descubrimiento de la prueba obtenida inconstitucionalmente.

En suma, el anterior epígrafe aborda jurisprudencia heterogénea sobre la excepción del descubrimiento inevitable añadiendo distintos matices para su apreciación. La línea del Tribunal en algunos de estos precedentes parece más respetuosa con los derechos fundamentales. Y de alguna forma los matices para aplicar esta excepción consisten en que el Fiscal pruebe con argumentos suficientes que la prueba se podía haber descubierto a través de otros medios lícitos. En definitiva si el M. Fiscal se basa en la regla de descubrimiento inevitable, le corresponde la carga de la prueba de que habría sido capaz de descubrirla a través de medios lícitos.

D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA EXCEPCIÓN DE LA BUENA FE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL. MENCIÓN ESPECIAL DE LAS ÓRDENES JUDICIALES

1. Introducción. Órdenes de detención y registro.

Analizamos ahora una de las excepciones a la prueba directa que permite al tribunal utilizar pruebas o fuentes inconstitucionales o ilícitas. Se trata de la llamada “buena fe” o “*good faith* excepción”

Esta limitación supone otra evolución de la doctrina jurisprudencial más estricta para limitar la prueba del proceso penal y en consecuencia un detrimento de los derechos fundamentales de los detenidos, imputados y acusados.

Un año antes de que se fuera plasmando y afianzando esta excepción de la buena fe (*good faith exception*) en el caso conocido como *United States v. Leon*(1984, ya podemos encontrar y observar cómo el Tribunal Supremo federal de EEUU, entre otros, en el caso *Illinois v. Gates*(1983) implanta una serie de afirmaciones que van creando algunos precedentes de intenciones en la jurisprudencia americana¹⁵⁰.

Curiosamente, en el caso *Illinois v. Gates* no abordaba en su totalidad este aspecto de limitaciones de la regla de la exclusión pues hacía referencia principalmente a uno de los problemas jurídicos-doctrinales que más discusión y disidencia ha generado en relación a la protección constitucional contra detenciones y registros irrazonables. Me refiero, concretamente, a la causa probable basada, total o parcialmente, en confidencias. Se definen al respecto las distintas órdenes judiciales y su contenido.

¹⁵⁰ *Illinois v. Gates*.-462 U.S. 213(1983) En esta resolución se reducen y flexibilizan los requisitos para emitir una orden judicial de detención, entrada y registro basada en confidencias. Estableció la "totalidad de las circunstancias" como prueba de determinación de causa probable en virtud de la Cuarta Enmienda. Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes : El 3 de mayo de 1978, el Departamento de Policía de Bloomingdale recibió por correo una carta manuscrita anónima que decía lo siguiente: "Esta carta es para informarle de que tiene una pareja en su ciudad, que básicamente se ganan la vida vendiendo drogas. Son Sue y Lance Gates, que viven en Greenway, frente a Bloomingdale. La mayoría de sus compras las hacen en Florida". El juez que emitió la orden determinó que había una base sustancial para cumplir con los requisitos de la causa probable y así poder registrar la casa de los acusados y el coche encontrado. En definitiva, según la jurisprudencia norteamericana, el juez puede confiar en la carta anónima, cuya información ha sido corroborada en gran parte por las indagaciones de la policía. Pp. 462 U. S. 241-246.

Sus manifestaciones se clasifican en tres clases o categorías: orden de registro, orden de arresto y arresto sin orden bajo la Regla 11 de Procedimiento Criminal. Debe decirse que, inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos exigía que para la expedición de la orden judicial basada en confidencias, aún parcialmente, es decir, cuando la solicitud de la policía que realiza la declaración jurada previa (*affidávit*) se fundamenta total o parcialmente en información o confidencias de terceros, para lo que debían cumplirse estrictamente dos requisitos:

- En primer lugar, que el magistrado tenga ante si hechos que le permitan evaluar la credibilidad o confiabilidad del informante o la de su relato.
- En segundo término, que el magistrado tenga ante si hechos que le permitan determinar qué razones tenía el informante para conocer de lo que informó.

El primer requisito persigue un mínimo de credibilidad; el segundo pretende superar el caso de conclusiones escuetas del informante, quien puede ser mendaz o meramente ingenuo o desacertado en sus inferencias. En ambos casos hay problemas de “causa probable”. Recordamos que es conocido que en el derecho penal de los Estados Unidos, la causa probable se refiere a un estándar por el cual la policía puede realizar un arresto, realizar una investigación de una persona o de la propiedad de ésta u obtener una orden judicial para ello. Es también utilizada para referirse al estándar por el cual un gran jurado pudo creer que se ha cometido un delito.

2. Doctrina jurisprudencial predecesora de la teoría de “buena fe”

En *Illinois v. Gates*(1983), Sentencia conocida como el caso Gates, la Corte Suprema abandonó la *doctrina Aguilar-Spinelli*, y adoptó la denominada “doctrina de la totalidad de las circunstancias¹⁵¹”. De conformidad con el caso Gates, puede expedirse válidamente la orden judicial, a pesar de que no se satisfaga estrictamente alguno de los requisitos, es decir que el magistrado tenga ante si hechos que le permitan evaluar la credibilidad del informante o la de su relato y tenga ante si hechos que le permitan determinar qué razones tenía el informante para conocer de lo que informó¹⁵².

Bien, sentadas las antecedentes premisas y precisiones acerca de los requisitos para la válida emisión de una orden judicial, destacamos seguidamente los apartados en los que se aprecia la tendencia de la inminente “apuesta jurisprudencial” por la doctrina de la buena fe¹⁵³.

En este caso los demandados plantearon expresamente, en todas las instancias o niveles del sistema judicial de Illinois, que había sido violada la Cuarta Enmienda por las acciones de la policía de Illinois y que las pruebas incautadas por los agentes debían quedar excluidas de su juicio por entender que el registro era ilegal pues la declaración jurada(*affidávit*) del policía

¹⁵¹ La doctrina *Aguilar-Spinelli* fue una directriz judicial establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos para evaluar la validez de una orden de entrada y registro basada en información proporcionada por un informante confidencial o una persona anónima. El Tribunal Supremo abandonó la doctrina *Aguilar-Spinelli* en *Illinois v. Gates*, 462 213 (1983), de Estados Unidos en favor de una regla que evalúa la fiabilidad de la información bajo "la totalidad de las circunstancias". Sin embargo, Alaska, Massachusetts, Nueva York, Tennessee, Vermont y Washington han conservado la doctrina de la prueba de *Aguilar-Spinelli*, basándose en sus propias constituciones estatales.

¹⁵² Es comentario de E. L. CHIESA**Revista de Derecho procesal Penal*-68.LEX NEXIS. Puerto Rico .pp.-36.1999

¹⁵³ *Illinois v. Gates*.-462 U.S. 213(1983)

solicitante no presentó pruebas suficientes para establecer causa probable lo que debía conducir a la exclusión de las pruebas obtenidas sobre la base de ese orden.

La Sentencia indica que al aplicar la regla de exclusión en un juicio penal, que implica que las pruebas obtenidas vulneren de la Cuarta Enmienda, según los casos *Mapp v. Ohio*(1961); *Weeks v. United States* (1914), debiera, en alguna medida ser modificada ¹⁵⁴. De este modo, se debiera por ejemplo, no exigir la exclusión de pruebas obtenidas ante la circunstancia de que la creencia razonable de la búsqueda y captura en cuestión se ajustaba a la Cuarta Enmienda.

Entendemos que el Tribunal al declarar que la regla de exclusión debe ser modificada, está apuntando a que si una orden judicial no es correcta -inconstitucional- para limitar un derecho fundamental y el agente de policía cree de modo razonable que si lo es, la *exclusionary rule* no tendría aplicación, pudiéndose valorar las fuentes de prueba, pruebas obtenidas y derivadas de la orden judicial no constitucional- una entrada o allanamiento en domicilio, un registro, o una detención. Por otro lado creo que igualmente está haciendo una referencia tácita y precursora de la doctrina de la buena fe. Por ello más adelante la jurisprudencia americana establecería que la buena fe de la policía- *good faith exception*- al ejecutar la orden judicial-inconstitucional- sería suficiente para valorar una prueba sin aplicar la regla de exclusión.

Añade en palabras del Tribunal, que “*Durante algún tiempo, varios miembros de este Tribunal han expresado la necesidad de considerar la*

¹⁵⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 EE.UU. 643 (1961); *Weeks v. United States*, 232 EE.UU. 383 (1914).

posibilidad de modificar la regla excluyente y el Congreso también ha participado activamente en explorar la cuestión”. Al menos un Estado ya ha promulgado una excepción de buena fe¹⁵⁵.

Si las declaraciones juradas (*affidavit*) presentadas por funcionarios de policía están sometidas al tipo de indagación que algunos tribunales han considerado adecuado, la policía podría recurrir a los allanamientos, con la esperanza de contar con el consentimiento o *alguna otra excepción* que pueda justificar legalmente el desarrollo y práctica del registro. Además, la posesión de una orden judicial por funcionarios para realizar de una detención o un registro reduce en gran medida la percepción de que la conducta de la policía no es ilícita¹⁵⁶.

La regla excluyente es un recurso aprobado por el Tribunal Supremo Federal para desarrollar el derecho de los ciudadanos a la Cuarta Enmienda “*a que se les asegure sus personas, casas, documentos y efectos, contra registros e incautaciones irrazonables...*”. Señalan los Magistrados que aunque sugirieron opiniones tempranas que la Constitución requiere la exclusión de todas las pruebas obtenidas ilegalmente, la regla excluyente “*no se ha interpretado nunca para proscribir la introducción de pruebas incautadas ilegalmente en todos los procedimientos o en contra de todas las personas*”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Colorado. Rev.Stat. § 16-3-308 (Supp.1982).

¹⁵⁶ El *affidavit* es una exposición escrita, propia del derecho judicial de EEUU, hecha bajo juramento por una agente de policía dirigida a un Juez, basada en afirmaciones, creencia razonable o indicios para solicitar una orden de entrada, registro o detención.

¹⁵⁷ Según se afirma en *Stone v. Powell*,(1976) -428 U.S. en 486-

Debido a la fiabilidad inherente de pruebas tangibles incautadas y los gastos sociales resultantes de su pérdida a través de la intervención de la policía, la aplicación de la regla excluyente ha sido cuidadosamente “*restringida a aquellas áreas donde se cree que sus objetivos correctivos sirven más eficazmente*”, según *United States v. Calandra* (1974)¹⁵⁸. En este caso histórico e importante El Tribunal Supremo dejó claro que la regla de exclusión no es un derecho constitucional personal, sino que simplemente pretende ser un recurso para proteger derechos de la Cuarta Enmienda a través de su efecto disuasorio, y a pesar de este amplio efecto la norma no proscribe el uso de pruebas ilegalmente obtenidas en todos los procedimientos o en contra de todas las personas, y su aplicación se ha limitado a aquellas áreas donde los objetivos de recuperación se crea que sirve más eficazmente. Incluso en los juicios penales la regla de exclusión no se ha aplicado indiscriminadamente a la prohibición de pruebas obtenidas ilegalmente en función de los costes y beneficios de hacerlo.

En el caso *Estados Unidos v. Ross*, (1982) se expresa: “*La orden pronunciada por un magistrado normalmente es suficiente para establecer que un agente de policía en la aplicación de ley ha actuado de buena fe en la realización de la orden judicial de entrada registro o detención*”¹⁵⁹.

Sin embargo, la orden puede ser invalidada por un defecto técnico o porque, como en este caso, el juez dictó una orden con la averiguación de datos facilitados que no llegan a causa probable más adelante.

¹⁵⁸ *United States v. Calandra* (1974) fue el caso más importante de la regla de exclusión que se decidió en la década de 1970. El fallo en *United States v. Calandra* refleja las opiniones del presidente del Tribunal Supremo Burguer que fue nombrado por el presidente Richard Nixon,. P. 348.

¹⁵⁹ El Magistrado STEVENS [p263] indica en el caso *Estados Unidos v. Ross*, 456 798 estadounidense, 823, n. 32 (1982)

El Tribunal Supremo de EEUU. tras los años de experiencia con la “*exclusionary rule*” sugiere con firmeza que la regla excluyente debiera modificarse en un sentido más amplio que pudiese permitir la introducción de pruebas obtenidas en la creencia razonable de actuar con la buena fe de que un registro o incautación se llevó a cabo de acuerdo con la Cuarta Enmienda.

En su doctrina jurisprudencial, el Tribunal americano recuerda que estos casos reflejan que la exclusión de la prueba no es un derecho constitucional personal, sino un recurso, que, como todos los recursos, debe tener en cuenta los costes y beneficios de su imposición. Desarrolla y aclara que la tendencia en el criterio de las decisiones del Tribunal sobre la regla excluyente indican además de una preocupación por la salvaguardia de la Cuarta Enmienda, un valor añadido de una apreciación más completa de los altos costes acaecidos cuando una prueba correcta y fiable es prohibida debido a errores de la investigación. El principal coste, por supuesto, es que la regla de exclusión interfiere en la función de búsqueda de la verdad en un juicio penal por presentar limitaciones a pruebas que se consideran pertinentes y correctas. Nunca sabremos cuántos de los acusados considerados culpables puedan quedar libres como resultado del cambio de la regla de exclusión¹⁶⁰.

En otro apartado *Estados Unidos v. Ross*, (1982), se afirma que la regla también tiene un precio elevado para socavar la confianza pública en la razonabilidad de las normas que rigen el sistema de justicia penal.

¹⁶⁰ Se apunta por uno de los Magistrados que “*Supongo que la modificación de la regla excluyente, por sí mismo, no reducirán significativamente la tasa de delincuencia -pero eso no es ninguna excusa para la aplicación indiscriminada de la regla-*”

Es patente que se iban perfilando en la doctrina del Tribunal Supremo Americano unos cambios restrictivos y una metamorfosis significativa de la *exclusionary rule* a raíz de la introducción de nuevas excepciones y límites que, como se ha dicho, se aplicaría en EE.UU. al año siguiente de la sentencia que comentamos, es decir en 1984, año en que se instaura la doctrina de la buena fe.

3. Expansión jurisprudencial de la “*doctrina de la buena fe*”

En el caso *United States v. Leon(1984)*, - la policía practicó una entrada y registro basada en una orden judicial que consideraba y creía ser válida. Posteriormente, un tribunal superior concluyó que el juez que emitió la orden lo hizo *sin tener causa probable*. La Corte Suprema permitió que se presentaran las pruebas obtenidas como resultado de la orden judicial ya que si la policía actúa «*de buena fe*» y con base en lo que ellos creen que es una orden judicial válida, la aplicación de la regla de exclusión no tendría ningún efecto disuasivo. Cualquier policía en el futuro procedería de la misma forma al pensar que estaba actuando bajo una orden judicial.

El Tribunal Supremo Federal en el caso *Leon* rechazó el argumento que requeriría que los tribunales inferiores tomaran en consideración el estado mental del policía como un medio para establecer si éste actuó de buena fe o no. En su lugar adoptó una disposición que requiere que el Ministerio Fiscal demuestre que cualquier policía corriente o estándar hubiera actuado similarmente bajo circunstancias parecidas. En el caso comentado los

tribunales interviniéntes en las diferentes instancias han diferido al determinar si el policía actuó razonablemente al creer que la orden judicial era válida sobre todo cuando se establece posteriormente que las pruebas ofrecidas en la solicitud presentada al juez que emitió la orden de entrada y registro son insuficientes.

Otro tipo de casos en los cuales los tribunales han aplicado la prueba del procedente *Leon* son aquellos en los que la orden de allanamiento es demasiado amplia, por ejemplo, no detalla con precisión las pruebas que se buscan.

En United States v. Fuccillo, (1987) la orden de entrada permitió que la policía registrara un almacén y una tienda de ropa pero solamente especificó que el registro estaba limitado a buscar «ropa de mujer robada». La policía tenía en su poder una lista detallando la ropa robada pero decidió no presentarla al juez cuando solicitó la orden de allanamiento¹⁶¹.

El tribunal superior decidió que la orden no concretaba con suficiente detalle lo que se buscaba y *no aplicó la excepción de buena fe*. La decisión de no presentar la lista de ropa en la solicitud de registro constituía una conducta policial tan temeraria al excluir información fundamental en la solicitud de registro, y la orden de entrada y registro fue tan imprecisa, que cualquier policía razonable se hubiera dado cuenta que la orden era inválida.

¹⁶¹ El Tribunal Supremo Federal sostuvo que la excepción de buena fe a la regla exclusión de la Cuarta Enmienda no fue correctamente aplicada por el tribunal de distrito en el presente caso porque los agentes del FBI no actuaron con la buena fe objetiva en el sentido de los Estados Unidos contra León, *supra*, 468 EE.UU. en 897. *EEUU v. Carl A. Fuccillo*.(1987)

Partiendo ya de una claro embate y campaña de la jurisprudencia americana contra la regla de exclusión, y en la línea jurisprudencial de restricción y trabas a la *exclusionary rule*, traemos a colación el caso *Arizona v. Evans* (1995)¹⁶². En este asunto, el Tribunal prorrogó la excepción de buena fe de un caso en que realmente no hubo ninguna orden. En efecto, sucedió que la Oficina de la Secretaría del Tribunal había cometido un error en su registro e informó que según su sus datos la orden en cuestión indicaba como pendiente la detención del sospechoso.

Un agente de policía, basándose en un registro informático erróneo de órdenes, llevó a cabo la detención y se planteó la cuestión de la supresión de las pruebas. El Tribunal sustentó que, a pesar de la ausencia de una orden judicial, la fuente de prueba encontrada (bolsa con marihuana) como resultado de la detención no se excluiría en el juicio penal del sospechoso. Debido a que el agente de la policía se había basado en la buena fe objetiva sobre el registro de órdenes erróneo, sería inapropiado aplicar la regla de exclusión por el Tribunal. Éste consideró que la parte que había cometido el error en este caso, el secretario del tribunal, era parte del poder judicial y por lo tanto - como el juez – sin ánimo de de caer en la tentación de perturbar la Cuarta Enmienda

Además, señaló que la regla de exclusión no estaba destinada a regular la conducta de los tribunales. Y, por último, destacó que los empleados del Tribunal no tendrían ningún interés en el resultado de los juicios penales y por lo tanto no serían disuadidos por la supresión de la evidencia.

¹⁶² 514 U.S. 1 (1995).

Arizona v. Evans en 1995 estableció una excepción excluyente de la regla que permite utilizar las pruebas obtenidas como resultado de que en una base de datos judicial constaba una orden de detención que no era válida. Por tanto, el registro de asuntos u órdenes pendientes de la policía era erróneo al referirse a la existencia de una orden de detención pendiente a causa de la conducta negligente de una Secretaría del Tribunal¹⁶³.

Por otra parte, el Tribunal mantuvo que “*los efectos de la regla excluyente pueden servir aquí para que los funcionarios del Tribunal sean más esmerados en asegurarse que las órdenes de detención anuladas se cancelan de los registros*”.

Evans argumentó que su detención era ilegal, ya que la orden de detención había sido anulada 17 días antes, y el descubrimiento de la marihuana no habría sucedido sin dicho arresto. Por lo tanto, presentó una *moción de*

¹⁶³ Los hechos en síntesis son como siguen: El 13 de diciembre de 1990, un Juez de Paz emitió una orden de detención de Isaac Evans. Este-demandado- no compareció para responder por varias infracciones de tráfico. Seis días después, apareció el Sr. Evans por su propia voluntad, y el Juez de Paz marcó en el archivo del demandado que la orden quedaba “anulada”. En el procedimiento judicial normal, un secretario del Tribunal de justicia informó a la Oficina del Sheriff -Alguacil de una orden de anulación, que no tuvo lugar. Así, la orden se mantuvo en los archivos de la Oficina del Sheriff a pesar de que ya no era válida. El 5 de enero de 1991, el demandado Sr. Evans es observado por un agente de policía por conducir en dirección contraria en una calle unidireccional cerca de la Comisaría de policía. Cuando se le preguntó al infractor por su carné de conducir, informó al Agente que lo tenía suspendido. Por ello, el agente de policía comprueba los datos su automóvil en las terminales informáticas de la patrulla. Los datos contrastados confirman que licencia del demandado estaba suspendida y además le reveló la orden errónea pendiente de su detención. El agente, en consecuencia, procede a detener al demandado y en el proceso de detención huele a marihuana del cigarrillo que el sospechoso llevaba en la mano. A continuación, registra su coche y descubre una bolsa de marihuana, siendo acusado de posesión. Cuando el Departamento de Policía de Phoenix notifica la detención al Tribunal de Justicia se dieron cuenta al consultar la base de datos del Tribunal que la orden estaba anulada y se informó de ello a la policía. Evans argumentó que su detención era ilegal, ya que la orden de detención había sido anulada 17 días antes, y el descubrimiento de la marihuana no habría sucedido sin dicho arresto. Por lo tanto, presentó una *moción de supresión* debido a una violación de sus derechos de la Cuarta enmienda, siendo un remedio la regla excluyente.

supresión debido a una violación de sus derechos de la Cuarta Enmienda, siendo un remedio la regla excluyente¹⁶⁴.

Se acordó por el Tribunal de primera instancia la concesión a lo pedido por el demandado. El Tribunal de Apelaciones de Arizona revocó la decisión.

El Tribunal Supremo de Arizona matizó no decantándose ni por errores judiciales ni policiales, con la esperanza de que la regla excluyente obligara a que las bases de datos de órdenes de detención pendientes se mantengan más eficientemente por aquéllos que les corresponde mantenerlas, sea personal policial o de los tribunales.

En conclusión, la Corte Suprema en el caso de *Arizona v. Evans* restringió aún más la aplicación de la regla de exclusión en virtud de la Cuarta Enmienda, al considerar que un error administrativo en un sistema informático de la policía no era el tipo de mala conducta policial que el Estado tenía la intención de disuadir. La Corte siguió la jurisprudencia anterior, en particular *Estados Unidos v. León*.(excepción de la buena fe).

Este fue el primer intento del Tribunal Supremo Federal en aplicar las normas de la Cuarta Enmienda puestas en relación y conexión con la creciente tecnología informática. El Tribunal falló, sin embargo, para abordar en qué medida los tribunales deben valorar la disculpa y los errores administrativos en relación a los propósitos de la regla de exclusión. El Tribunal Supremo Federal

¹⁶⁴ Una moción de supresión en el derecho procesal penal de EEUU consiste en unas diligencias preliminares a un proceso penal para solicitar que una prueba concreta sea excluida por haber violado derechos fundamentales de una enmienda determinada y sea retirada del expediente judicial y no tenida en cuenta a la hora de valorar pruebas de cargo en una decisión final.

ha establecido una excepción limitada a la regla de exclusión en aquellos casos en que la policía actúa con base en una orden judicial que cree válida y que posteriormente es declarada inválida.

4. Casuística jurisprudencial de la doctrina de la “buena fe”

En United States v. Vigeant (1999) no se aplica la *regla de buena fe*, según se infiere de la Sentencia si la policía miente al solicitar la orden de allanamiento o distorsiona la información presentada al juez con la intención de engañar al órgano judicial que emite la orden. La excepción de buena fe no se aplica en estos casos porque el error fue del policía y no del juez.

En el caso tratado la policía detalló varias pruebas que indicaban que el sujeto estaba blanqueando dinero. Las más contundentes indicaban que había adquirido numerosos bienes lujosos sin, aparentemente, tener fuentes de ingreso suficientes para realizar tantas compras y teniendo en cuenta que la mayoría de ellas eran en efectivo. La policía, sin embargo, no le comunicó al juez, aunque tenían conocimiento de ello, que el acusado había presentado los formularios requeridos por la legislación bancaria declarando cada una de las transacciones en efectivo. El tribunal superior sostuvo que el propósito de la policía al omitir esta información en la aplicación fue engañar al juez para obtener una orden que dudosamente hubieran obtenido si hubieran presentado todas las pruebas que obraban en su poder.

El caso de *United States v. Decker(1969)*, representa otro tipo de situación en la cual el juez que ordenó el registro no actuó de forma

independiente o neutral al no leer el borrador de la orden de allanamiento presentado por la policía, borrador que incluía errores que hacían que la orden fuera defectuosa. La excepción de buena fe fue rechazada por el tribunal superior ya que, bajo estas circunstancias un policía actuando razonablemente no podría haber pensado que la orden era válida.

Además de estas situaciones en las cuales la policía allana y registra un local basándose en una orden judicial que se determina inválida posteriormente, la regla de buena fe es aplicable a situaciones en las cuales la legislación bajo la cual la policía detiene a un sospechoso o realiza un registro es posteriormente declarada inconstitucional.

En Illinois v. Krull(1987), la Corte Suprema analizó un caso en el cual una ley estatal permitía la realización de registros, sin orden judicial previa, para la inspección de bienes en desguaces de vehículos y trasteros.

La policía registró el trastero de Krull y encontró objetos robados. El Tribunal Supremo estatal declaró que la ley era inconstitucional y la Corte Suprema decidió que la regla de buena fe se aplicaría en este caso ya que el error fue del poder legislativo y no del policía que actuó con base en una ley que él pensaba que era válida. La imposición de la regla de exclusión en este supuesto no tendría ningún efecto disuasivo sobre la conducta futura de otros policías ni tampoco sobre el poder legislativo. Sin embargo, la Corte Suprema aplicó el mismo razonamiento que había aplicado en la doctrina Leon (La Corte Suprema permitió que se presentaran las pruebas obtenidas como resultado de la orden judicial sin causa probable).

Si la ley es tan obviamente inválida que un policía prudente hubiera pensado que lo era, la regla de la buena fe es inaplicable.

También se han presentado casos en los cuales han acaecido errores cometidos por el personal de apoyo del poder judicial. El antes comentado en detalle, caso de *Arizona v. Evans*, surgió por un error de cómputo. Un policía de patrulla preguntó haciendo uso de un ordenador sobre un sujeto sospechoso y recibió una respuesta que indicaba que había una orden detención en su contra. El policía detuvo a Evans y durante el curso del cacheo encontró marihuana. Posteriormente, se descubrió que la orden de detención había sido suspendida por orden judicial pero nunca se había corregido el expediente automatizado.

El Tribunal Supremo permitió que se presentaran las pruebas en contra de Evans ya que el propósito de la regla de exclusión de pruebas ilícitas es disuadir la conducta policial impropia y en este caso el policía procedió de buena fe y con fundamento en información basada en un error del personal judicial y no suyo. La Corte Suprema rechazó el argumento de Evans que la exclusión tendría un efecto disuasivo sobre el personal judicial para que no se repitiera este tipo de error en el futuro, sin embargo, no se pronunció en relación al supuesto de que el error hubiera sido cometido por personal policial de apoyo en lugar de personal judicial.

E. DISCREPANCIAS ENTRE EL CONGRESO Y EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL.

El Congreso de los EEUU ha intentado en varias ocasiones promulgar una legislación que permita la presentación de pruebas ilícitas en juicios siempre que el policía actuara de buena fe en la creencia de que su conducta era acorde con los requisitos constitucionales, un concepto mucho más amplio que el utilizado por el Poder Judicial. Sin embargo, hasta ahora el proyecto de ley no ha prosperado y es insegura cuál sería la posición de la Corte Suprema ante una legislación que asume que la regla de exclusión de pruebas ilícitas es una regla procesal y no una norma constitucional que emana de la Cuarta Enmienda. Fue parcialmente tratado en el caso de *Dickerson v. United States*(2000).

Pero antes de entrar en el análisis de la doctrina emanada de la citada resolución, conviene que nos detengamos, brevemente, en las diferentes discrepancias. Poco después de la decisión de la Corte Suprema en *Miranda v. Arizona* (1966), el Congreso promulgó una ley que revocabía la doctrina de Miranda con base en la premisa que la regla de Miranda era procesal y no constitucional¹⁶⁵. El Tribunal Supremo Federal, como jerarca del Poder Judicial, puede promulgar reglas de procedimiento siempre y cuando las mismas no contradigan legislación promulgada por el Congreso. Sin embargo, cuando la

¹⁶⁵ “Dickerson v. United States” (530 U.S. 428) del 26 de junio de 2000. En una decisión 7 a 2, la Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso que había sido dictada para modificar el criterio de admisión de pruebas en procesos penales fijado en el célebre caso “Miranda v. Arizona” (384 U.S. 436). El voto de la mayoría, redactado por el *Chief Justice* Rehnquist, sostuvo que el caso *Miranda* había fijado una regla constitucional que el Congreso no podía dejar sin efecto a través de una ley.

regla tiene su fundamento en una interpretación de un requisito constitucional, el Congreso no tiene competencia.

La ley cuestionada permitía la presentación de declaraciones obtenidas sin informar a un detenido de sus derechos a mantener silencio siempre y cuando la totalidad de las circunstancias demostraran que la misma fue voluntaria.

La Corte Suprema declaró la ley inconstitucional y razonó como argumento que cuando el Congreso promoviera medios alternativos que garantizaran los derechos constitucionales, la Corte Suprema no revocaría la disposición legislativa, siempre que quedasen debidamente protegidos los derechos de la Quinta Enmienda con los requisitos establecidos en Miranda. Esta decisión no augura un futuro próspero para aquellos que proponen modificar la regla que requiere exclusión de pruebas obtenidas con violación de un derecho constitucional¹⁶⁶.

Hubo un voto discrepante del Magistrado SCALIA, que arremete contra la mayoría y les tacha de vulnerar la Constitución, y cuya frase es de evidente virulencia en los anales del Tribunal Supremo Federal, traducida del inglés por el autor de la presente tesis, dice:

“La sentencia de hoy convierte a Miranda en un hito de la arrogancia judicial que puede que alcance la cima de la Pirámide de Keops (o tal vez la Esfinge, sería mejor analógicamente). Cuando el Tribunal decide la

¹⁶⁶ Revisando el presente trabajo he tenido conocimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 1 de Junio de 2010 que restringe los derechos de Miranda. Más adelante se hará un breve comentario. No obstante podemos comprobar los antecedentes y preparativos históricos que están en la línea de restringir los derechos fundamentales por el cauce que sea, uno de los corolarios del presente trabajo de tesis.

elaboración de un código por encima del Poder legislativo como mínimo la Constitución exige un dictamen previo y excepcional.. La decisión de hoy no pretende lo que es, y aún así afirma el derecho de imponerse en contra la voluntad de los representantes del pueblo en el Congreso. Lejos de creer que stare decisis obliga a este resultado, creo que no podemos permitir que permanezcan en los libros ni siquiera una resolución popular, pero sobre todo una decisión célebre que ha llegado a presentarse a la proposición de que el Tribunal Supremo tiene competencia para imponer limitaciones extra constitucionales al Congreso y los Estados¹⁶⁷. Este no es el sistema que fue creado por los autores de la Constitución, o que fuera establecido por cualquier partidario de gobernar para el pueblo”¹⁶⁸.

F. LA EXCEPCIÓN DE LA FALTA DE CREDIBILIDAD DE UN TESTIGO EN UN JUICIO.

Una excepción a la regla de exclusión de pruebas resulta aplicable cuando el propósito de introducir la prueba ilegitima es contradecir o demostrar que la declaración de un testigo no es creíble.

En *Walder v. United States*(1954), el acusado declaró en su juicio que nunca había consumido drogas en el pasado y el Ministerio Fiscal presentó pruebas de posesión de heroína en otro caso en el cual la heroína había sido

¹⁶⁷ Como es sabido *Stare decisis* es una locución latina, que se traduce como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente y vinculan como jurisprudencia a aquellas que se dicten en el futuro. La locución proviene de acortar una más extensa, *stare decisis et non quieta movere*.

Esta doctrina es propia del derecho anglosajón, y no tiene tanta fuerza en sistemas de derecho continental, en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del juez de interpretar la ley según su criterio es mucho más amplia.

¹⁶⁸ La traducción es del autor de la tesis.

excluida como prueba por haber sido obtenida ilegalmente¹⁶⁹. La Corte Suprema permitió la presentación de la prueba previamente excluida argumentando que la regla no puede ser usada para permitir falso testimonio un testigo

Asimismo en *United States v. Havens*(1980), el acusado optó por declarar en juicio y la Corte Suprema sostuvo que el Ministerio Fiscal puede presentar pruebas que normalmente serían excluidas si el propósito es demostrar que el acusado está mintiendo, pero limitó esta excepción a aquellas pruebas que demostrarían la falsedad de los hechos que el acusado había declarado por primera vez.

El Tribunal Supremo americano, junto con el argumento del caso *Walder*, mantuvo que al ponderar los intereses en juego, el interés por prevenir pruebas falsas es superior al de la prevención de futuros abusos policiales. Después de todo el policía no obtuvo las pruebas ilícitas con el propósito de introducirlas para tachar las declaraciones del acusado a su favor. La imposición de la regla en este caso tiene un impacto disuasivo mínimo sobre los agentes de policía.

En estos casos si se pondera este hecho con el coste a la integridad procesal y a la judicatura, los costes de aplicar la regla superan los posibles beneficios de su aplicación.

¹⁶⁹ En uno de los apartados de esta Sentencia se dice que el Tribunal dirá al Jurado que este testimonio no es admitido para el propósito de demostrar la culpabilidad del acusado con respecto a estas ventas específicas. Es simplemente por la vía de impugnación de la credibilidad del testigo. El tribunal encargado de ello se lo advirtió al jurado en el momento que la prueba fue admitida y otra vez en sus últimas instrucciones.

En *James v. Illinois* (1.990), el acusado declaró que no se había cambiado el color y estilo del pelo el día después de haber cometido presuntamente un homicidio. En la declaración del acusado a la policía admitió que se había teñido el pelo, pero fue excluida del juicio por ser resultado de una detención constitucional¹⁷⁰. Testigos del Ministerio Fiscal identificaron a James como el asesino pero admitieron que el color de su pelo era distinto ahora de cuando lo vieron. Por su parte, la defensa presentó un testigo que declaró que el color del pelo de James era el mismo ahora y antes del homicidio, y en consecuencia argumentó que la identificación de los testigos no era creíble.

La Corte Suprema no permitió que el Ministerio Fiscal presentara la confesión policial de James en la que admitía haberse cambiado el color del pelo.

La excepción que permite la presentación de pruebas ilícitas para impugnar las declaraciones del acusado en su propio juicio, en los casos que además actúa con *status* de testigo, tiene una justificación razonable: el prohibir que un acusado sea considerado inocente basado en falso testimonio y la posibilidad de que el Ministerio Fiscal introduzca pruebas ilícitas para

¹⁷⁰ Los hechos del caso son, resumidamente, los siguientes: James era un joven que fue detenido por el asesinato de otro adolescente. Durante el juicio un testigo que prestó declaración en su nombre describe la apariencia de James en la noche del supuesto crimen. Esta descripción contradice las declaraciones que James había hecho a la policía el día después del crimen. Para exponer este falso testimonio, los fiscales decidieron presentar las declaraciones de James en el juicio a pesar de que fueron obtenidas ilegalmente.

El Tribunal consideró que las declaraciones de James no pueden utilizarse en su contra. En este caso, la Corte Suprema de Illinois ha ampliado indebidamente que la práctica es aplicable a todos los testigos de la defensa.

demostrar la falsedad de una declaración en sí tiene un efecto disuasivo para prevenir que los acusados cometan perjurio.

Sin embargo, la misma argumentación no es aplicable a los testigos. Dado el impacto que conlleva la presentación de esta confesión ante un jurado, el beneficio obtenido tras desmentir a un testigo no es suficiente para justificar una excepción a la regla de exclusión.

VI. DECADENCIA DE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA EXCLUSIONARY RULE.

1. Retroceso de la *exclusionary rule* en los mandatos presidenciales de Nixon y Reagan

Puede traerse a colación una clasificación de la *exclusionary rule* que resume los diferentes momentos histórico- evolutivos de los años sesenta a los ochenta en coincidencia con los períodos temporales que siguen a dos de sus más carismáticos presidentes en lapsos políticos de evolución de la sociedad muy concretos, como el sería caso de Nixon y de Reagan¹⁷¹. Se apunta una descripción general de los cambios con las diferentes denominaciones

¹⁷¹ MARTÍNEZ GARCÍA. E. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC. 81/98, de 2 de abril)* p. 7.. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003

doctrinales y casos más relevantes que significaron el giro en el Tribunal Supremo americano. A continuación se describen:¹⁷²

Durante la etapa presidencial de Nixon comienzan a surgir numerosas excepciones que van a flexibilizar la rigidez con que inicialmente había sido formulada la regla de la exclusión¹⁷³. Es la época del *balancing test*, donde se pondera tanto el interés del ciudadano en el respeto de sus derechos fundamentales, como el de la sociedad en un intento de acabar con el crimen, lo que conlleva no poder admitir estrictamente la regla de la exclusión. Unas veces admitiendo una testifical derivada de un registro ilícito, otras por haberse actuado erróneamente bajo la cobertura de una ley declarada posteriormente inconstitucional e incluso no aplicando la regla de la exclusión cuando la violación de derechos afecta a tercero¹⁷⁴.

A partir de este momento, cambia por completo el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, olvidando que su apoyo se encuentra en los derechos fundamentales y calificándolo de «remedio judicial» necesario para salvaguardar el sistema, de modo que si ya no se produce el efecto disuasorio exigible en la policía y Jueces, no tiene sentido la exclusión de ese material probatorio. Ya no se trata de un derecho del ciudadano sino de un límite para

¹⁷² MARTÍNEZ GARCÍA. E op. cit. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal* .pág. 2-4

¹⁷³ En los años sesenta (la etapa de Nixon) existe el eslogan presidencial de la «ley y orden» predominan los criterios conservadores y económicos. Es una época en la que se antepone proyectos políticos a cualquier consideración ética. John Mitchell, ministro de justicia en la época de presidencia de Nixon, rehúye de una política social y afirma que «no podemos aceptar la pobreza como excusa del crimen; de lo contrario le resultaría suficiente a un criminal probar que es pobre para ser indultado», vid. FERNÁNDEZ, A., «Las democracias occidentales», Historia Universal. Vol. IV, VicenT Vives, 1996, págs. 650 y ss.

¹⁷⁴ Vid. US vs Payner (1980), considerando no oponible frente a tercero coimputado esta regla de exclusión de las pruebas obtenidas tras un registro ilegal (629 F.2d 1181).

los poderes públicos, ponderable según las circunstancias del caso y el Tribunal que conozca del asunto¹⁷⁵.

En materia probatoria durante el mandato de Reagan, se produce el apogeo de la doctrina de la excepción de buena fe y la confirmación del efecto disuasorio que debe tener esta regla frente a la policía, unas veces por concurrir «error» en los agentes y otras por falta de mayor expresión en la motivación del auto¹⁷⁶. Como hemos visto, se produce el quebranto y deterioro de la regla de la exclusión en *United States vs León de 1984*, cuyo primer exponente es esta sentencia. Su aplicación únicamente debía producirse en aquellos casos en que los beneficios derivados de ello fuesen claramente superiores a sus costes sociales. Fue el momento en el que se enunció la *good-faith exception* de los agentes policiales como límite a la regla de exclusión¹⁷⁷.

En este momento se concluye en la idea de que la regla no prohíbe con carácter general la introducción de las pruebas ilícitamente obtenidas en todo proceso o contra toda persona, sino que únicamente entra en funcionamiento en aquellos contextos donde se estime que su aplicación va a servir de modo más efectivo para lograr ese efecto disuasorio, por lo que si de la aplicación de

¹⁷⁵ United States vs Payner (1980) y United States vs Calandra, 1974 (94 S.Ct. 613)

¹⁷⁶ En el asunto Massachusetts vs Sheppard (1984), la negligencia policial y judicial llevaron a que se utilizara un formulario ya usado para habilitar la entrada y registro, cuyo objeto de búsqueda era distinto. Esta «irregularidad procesal» llevó a que, con posterioridad, se reputara ilícita la entrada pero que la buena fe de la policía llevara a dar como buenas las pruebas obtenidas en ese registro.

¹⁷⁷ Fruto de esta nueva perspectiva es la reducción de los casos de aplicación de la *exclusionary rule*. Ejemplo de lo que decimos representa el caso Alderman vs United States (1969), donde se impidió a los acusados cuyos derechos no habían sido objeto de violación que se opusieran a la introducción de pruebas ilícitamente obtenidas frente a otros coacusados; también en el asunto United States vs Calandra (1974) aconteció algo similar en relación con la declaración de un testigo (99 S.Ct. 961).

esta regla no se deriva de modo claro dicho efecto, entonces su uso en esa situación no se producirá.

Se consagró la doctrina de la buena fe siempre que se actuara bajo la creencia razonable de la licitud de la orden, de forma que resulte irreprochable su comportamiento y no exigible su desconfianza de la actuación llevada a cabo por un Juez.

Es la época de los recortes de derechos fundamentales sustantivos, en el sentido de que el Tribunal Supremo en todas sus sentencias utiliza argumentos perniciosos a fin de admitir pruebas ilícitas, bajo el precio de reducir drásticamente el contenido de los derechos fundamentales, no creyendo necesaria, por ejemplo, la autorización judicial para un registro de caravanas o coches a fin de evitar la aplicación de la Cuarta Enmienda.

Para ello, el Tribunal Supremo restringió los conceptos de detención, entrada y registro de la Cuarta Enmienda, habilitando a la policía para que actuara sin orden judicial en todos esos casos ni la concurrencia de causa probable o sospechas fundadas. La conclusión primera a la que se llega en esta etapa será la de que pocas conductas policiales constituirán prueba ilícita.

2. Exclusionary rule: Reform Act y el Congreso de los EEUU.

El Congreso norteamericano se pronuncia por primera vez sobre la regla de exclusión en 1995, promulgando la... *“Exclusionary Rule Reform Act of 1995”* en la que se regula no como derecho fundamental sino como una garantía objetiva frente a la actuación policial

Bajo el título «*Admissibility of evidence obtained by search or seizure*», el Decreto establece una excepción generalizada para las actuaciones de buena fe¹⁷⁸. Es más, la regla de la exclusión ha sufrido tantas limitaciones, provenientes fundamentalmente de la excepción de buena fe, que la Jurisprudencia ha adoptado una nueva perspectiva desde entonces, de modo que, lo realmente novedoso es encontrar sentencias en las que las pruebas ilícitamente obtenidas no son tenidas en cuenta por el juzgado¹⁷⁹. Lo mismo ha ocurrido con las actuaciones policiales, pues se ha relativizado la regla general que todo es válido en las conductas policiales, siempre que se creyera actuar bajo la cobertura de la Cuarta Enmienda.

Según indica EUSAMIO, las críticas efectuadas a este nuevo marco legislativo han surgido rápidamente y con base en un doble argumento. Así, por un lado, se indica que el resultado de esta nueva legislación será un aumento en el número de registros efectuados sin orden judicial -ya que ahora la orden no es necesaria para que el material probatorio obtenido en un registro sea tomado en consideración en un juicio- y, por otro, se predice un descenso en la protección del derecho a la intimidad de todos los americanos (tanto de los inocentes como de los culpables)¹⁸⁰.

Quizás este último aspecto es el que mayor importancia tiene pues conviene advertir que la regla de la exclusión no se creó para seleccionar qué

¹⁷⁸ «*Admissibility of evidence obtained by search or seizure*» puede traducirse como admisibilidad de las pruebas obtenidas en un registro o la incautación »

¹⁷⁹ Pennsylvania vs. Keith M. Scott (1998).

¹⁸⁰ E. EUSAMIO. *La Jurisprudencia norteamericana sobre los efectos del material probatorio ilícito: La regla de exclusión*. Universidad Carlos III. Madrid. Inédito. Es citado en este sentido por E. Martínez García en su obra *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal* (a la luz de la stc 81/98, de 2 de abril) op. Cit...p. 4.

clase de acusados culpables deben quedar libres, sino para proteger a los ciudadanos que fueron objeto de un registro ilegal.

Un análisis estadístico muy interesante de esta situación en Norteamérica refleja que la regla de la exclusión sólo es responsable de la puesta en libertad de un número insignificante de acusados, la mayoría de los cuales no suelen estar implicados en delitos violentos. Así, la *exclusionary rule* nunca suele ser un factor decisivo en los casos de homicidio, violación o robo¹⁸¹. Los propios estudios del gobierno norteamericano muestran, y así lo han hecho durante más de una década, que sólo una pequeña fracción de los casos que son desestimados, lo son porque las pruebas hayan sido excluidas del proceso¹⁸².

3. Tras los acontecimientos del 11-Septiembre 2001

A partir de los trágicos acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre del 2001 en EE.UU., se hace necesario destinar un apartado que en primer lugar posea carácter reflexivo y acto seguido realizar una meditada valoración sobre la ya débil existencia y posible camino de extinción de la *exclusionary rule* a partir de las obsesivas e insistentes - pero necesarias- medidas de seguridad sobre los ciudadanos, vulnerando derechos fundamentales básicos como la intimidad personal y otros.

¹⁸¹ Precisamente estos delitos son los que incluyen la pena de muerte en 38 de los Estados de EE.UU.

¹⁸² Instituto Nacional de Justicia, (depende de) Ministerio de Justicia de los Estado Unidos.(1982)

Consideramos, junto a la doctrina mayoritaria que nos hallamos ante nueva situación de dinámica social, en la que se enfrentan sin una solución fácil la libertad, la intimidad, y otros derechos fundamentales con la seguridad colectiva e individual de los ciudadanos en un entorno de enfoque global y sin fronteras. De hecho dentro del ámbito de la Unión Europea ya se perciben actitudes de sus legisladores provocando rupturas con los hitos conseguidos hasta ahora en el Estado Social y Democrático de Derecho¹⁸³.

Apuntamos que las restricciones de garantías y derechos van a ir predeciblemente en dos direcciones. Por un lado, en detrimento de los derechos fundamentales sustantivos y procesales, de modo que para su restricción se exigirán en determinadas situaciones (esperemos que legalmente previstas) cada vez menos requisitos procesales, es decir, se dará una disminución de las garantías hasta ahora exigibles en la restricción de derechos fundamentales. Por otro, entendemos que las causas por las que podrá romperse el nexo existente entre pruebas ilícitas directas y derivadas se

¹⁸³ Vid. entre otros, Miguel Carmona Ruano. Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla y portavoz de la Asociación Judicial Jueces para la Democracia. Artículo Revista."La Factoría". Octubre - Enero de 2003 · nº 19. p. 18. NATO Parliamentary Assembly. Standing Committee October 06. (Bruselas 2002) p. 24

Javier SOLANA. Estrategia Europea de Seguridad. (Unión Europea, Bruselas, diciembre de 2003) p. 5. En el caso español, puede verse BOIX ALONSO, L.: "Al Qaeda: la nueva amenaza a la agenda de la seguridad nacional", en "Inteligencia y seguridad nacional: el estado de la cuestión", (coord. Joseph M. Felipe i Sardá), Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol, nº 48, (Universitat de Valencia) 2006, p. 7 y ss.

Un par de referencias precisas sobre este problema en MERLOS, A.: "La misión de las Fuerzas Armadas en el combate del terrorismo yihadista", en "Política y Estrategia", vol. 102, 2006, p. 9 y ss.: y BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: "El papel de las fuerzas armadas en la lucha contra el terrorismo internacional", en Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 18/08/2006. p. 12.

Interesante el resumen de PERL, R.: "Combating Terrorism: The Challenge of Measuring Effectiveness", en <http://www.jihadmonitor.org/>

Ver por ejemplo de la CORTE IBÁÑEZ, L.: "Breve guía sobre la amenaza yihadista", Jihad Monitor Ocacional paper No 11, 14 mayo 2007. p. 32

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas", en "Terrorismo y proceso penal acusatorio" (coord. J. L. Gómez Colomer y J. L. González Chusca), Valencia (Tirant) 2006, p.59-70.

van a continuar multiplicando con el fin de justificar condenas a posibles, por ejemplo, «terroristas» y a miembros de organizaciones criminales.

VII. UNA PERSPECTIVA ACTUAL DE LA *EXCLUSIONARY RULE* EN EL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE EEUU

1. Antecedentes históricos jurisprudenciales

El Tribunal Federal de los EEUU respecto de la regla de exclusión estableció en sus principios que para el caso de que un tribunal admita pruebas sujetas a la regla, es preciso y se requiere que se ordene un juicio nuevo (tiene efecto retroactivo-devolutivo) a menos que el Ministerio Fiscal establezca, más allá de una duda razonable, que el error no tuvo un efecto negativo en el juicio.

Según la doctrina del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), como es sabido, la regla de exclusión se extiende también a las pruebas derivadas de pruebas inconstitucionalmente obtenidas, es decir, a aquellos materiales probatorios que no se hubiesen obtenido de no mediar la obtención inconstitucional previa de pruebas inadmisibles.

La actual configuración de la regla de exclusión es un resultado del proceso de integrar diversos elementos dispersos pero que han ido formando un complejo entramado de derecho jurisprudencial conforme los nuevos pronunciamientos judiciales abordaban nuevos aspectos y resolvían aquéllos problemas que se le planteaban.

Como se ha reflejado a lo largo del presente trabajo, la regla fue dictada por vez primera en el caso *Weeks v. United States*, que data de 1.914. , tal

exclusión sólo era predicable de las actuaciones federales y no las estatales. Desde esta fecha el Alto Tribunal estadounidense ha dictado una multitud de sentencias que han añadido o quitado elementos a la regla, precisando los presupuestos de su aplicación y el ámbito sustantivo al que se extiende, con una definición más aguda de sus perfiles o reconsiderando los fundamentos y resultados de anteriores decisiones a la luz de las circunstancias sobrevenidas.

No seríamos justos si no hiciésemos mención a que en las últimas décadas el derecho penal norteamericano ha tenido tendencia a la sistematización y codificación, tanto a nivel Federal como Estatal, en ámbitos sustantivos y procesales¹⁸⁴. Esta predisposición ha afectado a la materia que nos ocupa de la regla de exclusión, lo que ha significado que los Tribunales han dispuesto de normas positivas sistematizadas y codificadas fundamentadas en las Enmiendas (en especial Tercera, Cuarta y Quinta) que no precisan de necesaria interpretación de la Jurisprudencia, salvo lagunas normativas y algunos supuestos excepcionales, como pueden ser los derechos de los detenidos o advertencias de Miranda.

La dicotomía de aplicación del derecho en función de su carácter estatal o federal quedó resuelta en el asunto *Rochin vs California* (1952) cuando se predicó la aplicación generalizada de la prohibición a todos los Estados, tomando como base la Decimocuarta Enmienda sobre el «due process clause» y fue confirmada esta nueva regla en el caso *Mapp vs Ohio* (1961), por tratarse de un derecho fundamental en la Constitución americana.

¹⁸⁴ En el ámbito de la jurisdicción federal destacamos el título 18 del CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Se actualiza permanentemente con las innovaciones que aprueba el Congreso. Fue sancionado como Ley en 1948. El referido título 18 se titula “Delitos y procedimiento criminal”

Pero hay que recordar, y en especial en las tres últimas décadas, que la regla de exclusión- prueba ilícita- ha ido desarrollando una serie de excepciones a su aplicación automática, que han supuesto unos recortes sustanciales en las diligencias de prueba obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales de las enmiendas específicas de la Constitución del país norteamericano afectantes al proceso penal. Todo ello ha desembocado y suscitado aún un mayor debate entre los que la apoyan y los que abogan por abolirla¹⁸⁵.

Debe indicarse que la Corte Suprema ha desplegado estas excepciones como consecuencia de reconocer el impacto nocivo que la aplicación absoluta de la regla tiene sobre la confianza del pueblo en el Poder Judicial.

Si se aplica de modo absoluto y obviando excepciones, puede implicar técnicamente la absolución de un determinado perfil de presuntos delincuentes de gozan de gran repudio social, a saber, delitos sexuales, terrorismo, y organizaciones criminales de narcotráfico. A causa de ello, especialmente en los tiempos actuales, se produce un alto grado de desconfianza en los Tribunales de Justicia por parte de amplios sectores de la sociedad, en muchos casos abanderados por grupos y asociaciones de familiares de víctimas de este tipo de delitos. Por tanto situando el caso *Weeks v. United States* (1914)

¹⁸⁵ Bradford P. Wilson, "Exclusionary Rule", *Crime File Study Guide*(Rockville, MD: National Institute of Justice) p.1;
A study by Tomas Davies, as cited in Kermit L.Hall(e.d).*The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*(New York: Oxford University Press, 1992) p. 226.

como pionero y origen de la *exclusionary rule* parece que ha podido llegar a su final y posible extinción doctrinal en la Sentencia: *Hudson v. Michigan* (2006)¹⁸⁶.

2. El crepúsculo de la prueba ilícita penal en el derecho norteamericano.

Caso *Hudson vs. Michigan* 2006.

En el Caso Hudson vs. Michigan 2006 el Tribunal Supremo Federal de Estado Unidos admitió a trámite el recurso de casación, y reafirmando el criterio de la Corte de Apelaciones, estimó que las trasgresiones de la regla *knock and announce* no provocan la exclusión de la regla. (esta regla traducida como “llamar a la puerta y anunciarse” en el derecho procesal penal estadounidense es un antiguo principio del derecho común, incorporado en la Cuarta Enmienda, el que suele requerir a los agentes de policía anunciar su presencia y proveer a los residentes la oportunidad de abrir sus puertas antes de realizar un registro válido de la casa según la Cuarta Enmienda...) Lo cierto es que la fundamentación jurídica de la Sentencia debía pronunciarse sobre la excepción del *inevitable discovery*- descubrimiento inevitable- de una

¹⁸⁶ La mayoría del Tribunal señala que se adoptó una norma de exclusión de las pruebas incautadas sin orden judicial en *Semanas contra los Estados Unidos*, 232 EE.UU. 383 (1914), que se aplicó a los estados en *Mapp c. Ohio*, 367 EE.UU. 643 (1961), pero indica que la norma de exclusión se ha visto limitada por decisiones posteriores .

La discrepancia de los miembros del Tribunal tuvo en consideración la larga historia en la defensa de la norma de exclusión y duda de que la mayoría de los precedentes citados puedan apoyar su vigencia. También expresó el voto disidente(del Magistrado Harlan's) sus dudas de que la violación de la Cuarta Enmienda de “llamar a la puerta y avisar” podría disuadir a la policía sin excluir las pruebas obtenidas en los decomisos y registros domiciliarios.

importante relevancia en los últimos años tanto en EEUU como en otros ordenamientos jurídicos, entre otros el español¹⁸⁷.

En los siete meses siguientes fueron dictadas sentencias que no acogieron esta doctrina¹⁸⁸. En realidad parece que se trata de un cambio de dirección hacia la supresión de la *exclusionary rule* o bien añadir nuevas excepciones a su aplicación.

En uno de los párrafos de la sentencia se expone lo que puede justificar y entenderse como el nuevo criterio jurisprudencial¹⁸⁹. En palabras del Tribunal: “*No se puede asumir que en este contexto actual la exclusión sea necesaria para comportar simplemente efectos disuasorios porque acertásemos que hace mucho tiempo fuera precisa la disuasión. Esto sería como forzar hoy día al público a pagar por los pecados y las inadecuaciones del sistema legal que existía hace casi medio siglo.*”

A raíz de lo que pudiera significar unas tendencias cambiantes según la doctrina de este precedente, y en consonancia con la dinámica evolutiva jurisprudencial, creemos que es muy probable que se haya iniciado en EEUU el declive de la regla de exclusión y acelerado su caída progresiva

¹⁸⁷ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ -*Nuevas Tendencias en materia de Prueba Ilícita*. Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol.. Buenos Aires / Madrid. Edisofer, 2006, pp. 977-1003 [ISBN: 84-96261-28-X].

¹⁸⁸ . US v. Grubbs US Supreme Court 03/21/2006 04-1414. Anticipatory warrants are not categorically unconstitutional under the Fourth Amendment. Reversal of a district court's denial of a motion to suppress.

¹⁸⁹ TEXTO ORIGINAL : “*We cannot assume that exclusion in this context is necessary deterrence simply because we found that it was necessary deterrence in different contexts and long ago. That would be forcing the public today to pay for the sins and inadequacies of a legal regime that existed almost half a century ago*”

3. La *exclusionary rule* y las normas estatales en las detenciones de la policía.

El texto de la sentencia *Virginia v. Moore*(2008) expone en su preámbulo que unos 216 años después de que la Cuarta Enmienda fuese añadida a la Constitución, surge una nueva cuestión sobre su significado y se encuentra ahora ante la Corte Suprema. En derecho penal algunas modificaciones tienden a distinguir o aclarar los matices que conllevan su significado, y en este caso en referencia al perfeccionamiento técnico-jurídico en la detención y el registro y decomiso se manifiestan a menudo matizados en su análisis jurisprudencial, y al parecer con cada nuevo mandato del Tribunal Supremo Federal.

Con frecuencia, el nuevo giro implica lo que la policía puede hacer y le está permitido cuando intercepta y registra en concreto un vehículo.

La última pregunta acerca de la Cuarta Enmienda que el Tribunal se cuestiona, es si una violación de las leyes estatales que rigen las detenciones de la policía encuentra una solución en la Constitución nacional. Esa es la cuestión en *Virginia v. Moore* (2008).

El Tribunal Supremo Federal pronuncia una frase significativa al exponer que “*La fusión de las normas de Derecho estatal en los derechos constitucionales federales erosiona los beneficios de ambos: por un lado, se obliga a una solución uniforme para un amplio espectro de violaciones legales*

del Estado, por el otro, permite que las leyes estatales puedan crear variaciones en la protección constitucional federal “.

Lo que atrajo a los jueces la atención al caso, aparte de su respetuosa fascinación con la complejidad de la Cuarta Enmienda, muy probablemente fue el hecho de que la cuestión específica ha dividido a los Tribunales Federales y Estatales.

Según documentos presentados *en el caso Brown*, una minoría de los tribunales que han abordado el tema, incluyendo el más alto Tribunal de Virginia, han dictaminado que cuando se viole la ley de detención del Estado, la Constitución federal prevé un recurso en la supresión de cualquier prueba o fuente cuando el resultado de la detención conlleve un registro derivado de tal privación de libertad. Los tribunales, por el contrario, han concluido que, si un policía ha tenido *una causa probable* para hacer un arresto, acorde con la Cuarta Enmienda, sería válido en el proceso, aun en el caso de que algunas disposiciones de la ley estatal hayan sido violadas¹⁹⁰.

El Sr. Moore apeló la sentencia condenatoria y los tribunales superiores de Virginia en última instancia fallaron a su favor. La base del fallo del Tribunal Supremo de Virginia fue que, bajo la ley estatal, la policía no debe detener a un individuo por un delito menor, sólo puede emitir una citación y, a continuación debe poner en libertad a la persona y comparecer más tarde para responder a la citación. En el caso de Moore, la Corte Suprema del Estado

¹⁹⁰ Lee Moore fue detenido y en un registro posterior mientras estaba en custodia, encontraron 16 gramos de cocaína y 516 dólares en efectivo en el bolsillo del pantalón. Fue acusado de posesión de cocaína con intención de distribuir. Moore trató de que no fuese admitido el uso de las pruebas sobre drogas, alegando que el registro había violado sus derechos de la Cuarta Enmienda (entre otras reclamaciones). La moción fue denegada, Moore fue declarado culpable y condenado a 5 años, con encarcelamiento suspendido.

entendió que la policía lo detuvo en lugar de hacerle entrega de una citación y dejarlo en libertad, por lo que la detención no era válida bajo la ley estatal. De ese modo, el registro que siguió a la detención fue inválido y las pruebas obtenidas en el registro o cacheo tuvieron que ser suprimidas.

En su apelación el Estado argumentó que teniendo en cuenta que la Cuarta Enmienda impone un estándar para las detenciones y la ley del Estado suministra con frecuencia restricciones adicionales, no es inusual que se enfrenten los tribunales estatales y federales a una misma situación en que un agente de policía tenga causa probable para el arresto como exige la Cuarta Enmienda, sino que en virtud de las leyes de un Estado se esté vulnerando la ley estatal que regula las detenciones¹⁹¹.

En la interposición del recurso se alega que *“Al ratificar la Cuarta Enmienda, los redactores de nuestra Constitución no tenían el propósito de constitucionalizar las normas que rigen en muchos estados la autoridad de detención de los funcionarios del Estado (...) Como entidades soberanas en virtud de nuestra Constitución, los Estados son libres para establecer protecciones adicionales [más allá del mínimo de causa probable en el marco de la Cuarta Enmienda] para los sospechosos en los casos penales, siempre y cuando no violen las limitaciones constitucionales. Constitucionalizar estas leyes estatales pone a los tribunales federales en la situación indeseable de instruir a los funcionarios del Estado en las cuestiones de las leyes estatales y*

¹⁹¹ Se mantuvo que los cinco Tribunales de Apelación Federales y cuatro Tribunales Supremos Estatales se han pronunciado en conflicto con la Corte Suprema de Virginia y las decisiones de dos Tribunales Federales de apelación. El conflicto de interpretación es notable en Virginia y California, de acuerdo con la petición, porque los altos tribunales estatales están de acuerdo con la corte federal de apelaciones en su área o distrito jurisdiccional.

haría que el Poder Judicial Federal fuese el encargado de hacer cumplir la ley estatal”.

En la Sentencia se asevera que el Fiscal General de EE.UU. expresa su preocupación por la “*balcanización*” en las protecciones de la Cuarta Enmienda presentada por hacer variar de Estado a Estado, dentro del mismo Estado , y con el tiempo a que en éstos se modifiquen sus normas de detención”.

Añade que el Gobierno en muchas de las restricciones estatales, pretende en la práctica un complejo plan de investigaciones intensivas que pueden ser difíciles, tanto para los agentes de policía como para la revisión de los Tribunales que resuelven.

El Fiscal General -en un tono claro a los jueces más conservadores del Tribunal- expresa la preocupación de que “*las restricciones estatales a constitucionalizar la detención podrían dar lugar que se ampliase el contenido de la regla de exclusión aumentando considerablemente las detenciones inconstitucionales*”.

Este caso, en apariencia, parece sesgar la percepción habitual de que las decisiones del Tribunal Supremo que favorecen los derechos de los sospechosos de delitos, a menudo revisten una afrenta a la autoridad de los Estados para hacer cumplir sus propias leyes penales.

Lo que los Estados realmente quieren es que las pruebas obtenidas en situaciones como la de *Moore* logren mejorar la eventualidad de conseguir condenas, y una victoria de *Moore* puede reducir las posibilidades.

Tanto el Tribunal Supremo Federal como el Fiscal General EE.UU. dan a entender su interés y preocupación por la ampliación de la regla de exclusión y se declara que esta norma ya no es tan resistente como alguna vez lo fue, y bien podría estar en riesgo.

Por el lado de *Moore*, el argumento más sólido puede ser que la invocación al poder de los Estados para definir y armonizar las normas de policía, con la Cuarta Enmienda no es primordial, aunque en realidad esa opción ha se de consolidada.

El análisis consiste en que cuando la Corte Suprema dicta las normas constitucionales que rigen el día a día las acciones de la policía, trata de hacerlas más sencillas dejando poco margen a la policía para la interpretación.

El Estado de Virginia, respaldado por el gobierno federal, abogó por una norma marcadamente simple: si la policía tiene una razón para creer que ha sido cometido un delito - es decir, tienen causa probable - puede hacer un arresto, incluso si es ilegal bajo la ley estatal. Y, practicada la detención, pueden buscar en las pruebas del delito y de este modo no violan la Cuarta Enmienda Federal.

El defensor del acusado *David Lee Moore*, abogó por una norma de la misma simplicidad: si la detención es ilegal bajo las leyes estatales, no se puede seguir el registro, y las pruebas que se encuentran en el registro que se produce de todos modos vulneran la Cuarta Enmienda.

En mi opinión debían haberse seguido las leyes del Estado donde se hallaba el acusado, es decir al margen de que lo actuado posteriormente

entrarse en el ámbito de la regla de exclusión, la policía del estado de Virginia debía como mínimo conocer las normas de su Estado y en su virtud aplicarlas.

Si éstas por el carácter del supuesto ilícito no tenían previsto la detención directa del Sr. Moore, lo apropiado hubiera sido citar al acusado para comparecer ante el órgano o autoridad correspondientes el día señalado y no proceder a la detención por un delito por el que ésta no se hallaba prevista. Al no hacerlo así, entiendo que se violó la Cuarta Enmienda, dado que ésta posee alcance nacional y federal en todos los Estados, y si además se practicó un registro posterior a la detención que incriminó al detenido por los efectos hallados, este registro o cacheo debiera ser inconstitucional como derivación de la detención del mismo signo.

En el caso comentado considero, por tanto, que las pruebas del registro carecen de eficacia probatoria por haberse obtenido conculcando la Cuarta Enmienda.

Desde el prisma de los derechos fundamentales, opino, que lo más lamentable en el caso debatido es que el acusado Sr. Moore, una vez que le deniegan la supresión de pruebas ilícitas en la audiencia preliminar, es que fuese declarado culpable y condenado a la pena de prisión de 5 años, aunque la pena fue suspendida, según la legislación americana.

El Estado de Virginia mediante recurso de *certiorari* recurrió ante el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU¹⁹², que tras realizar una serie de análisis sobre la Cuarta Enmienda y considerar si un agente de policía viola la Cuarta Enmienda al hacer una detención basada en una causa probable, pero

¹⁹²Sobre el Certiorari vidit . Op.cit. en nota 51.

prohibida por la ley estatal, concluyó expresando que se reafirmaban contra un nuevo desafío lo que había señalado desde hace más de medio siglo, declarando que cuando los agentes de policía tienen una causa probable para creer que una persona ha cometido un delito en su presencia, la Cuarta Enmienda les permite realizar un arresto, y el posterior registro del vehículo, así como el cacheo del sospechoso con el fin de preservar las pruebas y garantizar su propia seguridad, al tratarse de una cuestión de derecho constitucional federal. La sentencia de la Corte Suprema de Virginia se revoca por el Tribunal Supremo Federal.

Esta revocación de la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Virginia por el Tribunal Supremo Federal, creo que puede ser entendida como la primacía indiscutible y poder que ostenta el Tribunal Supremo Federal de EEUU y sus precedentes como máximo intérprete de la Constitución americana, sobre todo en materia de derechos fundamentales derivados de las Enmiendas- en el caso debatido la Cuarta Enmienda- y mucho más acusado como en el supuesto comentado, cuando se trata de controversias entre los derechos del los Estados y el Federal, especialmente cuando entra en juego la defensa y jerarquía del derecho constitucional federal.

4. Error y negligencia de los Tribunales. Aplicación de la excepción de la buena fe a la regla de exclusión.

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos el 14 de enero de 2009 sentenció el caso *Herring v. United States* (2008). El Tribunal resolvió que la excepción de la buena fe a la regla de exclusión se aplica cuando un

agente de policía hace una detención basada en una orden de detención que está pendiente en otra jurisdicción y la información luego resulta ser incorrecta debido a un error informático por negligencia de dicho organismo.

Expresa la Sentencia en uno de sus apartados que la supresión de la prueba siempre ha sido un recurso del Tribunal en última instancia, en términos generales no es una aplicación en tribunales inferiores. También se ha dicho que la regla de exclusión genera considerables costes sociales, que a veces supone que los culpables queden en libertad, con la peligrosidad social que puede conllevar.

Hace remisión a otro precedente importante ya analizado, *United States v. León*, recordando que el Tribunal Supremo aclaró que la regla de exclusión “*opera como un remedio judicial creado para proteger los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, en lugar de un derecho constitucional personal de la parte agraviada*”.

Incide que en el mismo caso León , el tribunal concluyó que los frutos de un registro basado en una orden posterior encontró defectos que no deben ser excluidos pues el propósito de disuasión de la norma “*rara vez resulta que se estime para su aplicación en tales circunstancias*,” y en *Arizona v. Evans*, el tribunal declaró sin validez los frutos de un registro basado en una orden de detención, que todavía constaba en el sistema

informático de la policía, a causa de un error del secretario del tribunal emisor. El Tribunal determinó no excluir los frutos obtenidos porque dicha exclusión no tendría ningún efecto disuasivo.

Por otro lado en el caso *Herring*, éste fue acusado por el Tribunal Federal de Distrito, Distrito Medio de Alabama, de violaciones de las normas de posesión de un arma de fuego y posesión de una sustancia controlada, a saber, Metanfetamina¹⁹³. Invocó la regla de exclusión ya que su detención fue debida a un error informático, por lo que tanto el arma de fuego como las pruebas de drogas debían ser suprimidas. Se afirmó que la detención fue ilegal y la moción de supresión denegada por el tribunal de primera instancia¹⁹⁴.

Herring fue condenado a 27 meses en una prisión federal. El 11º Circuito confirmó la sentencia - sobre la base del precedente de León - que la prueba era admisible porque el error fue cometido por los funcionarios del Condado de Dale, no la policía del Condado de Coffee¹⁹⁵.

¹⁹³ 18 USC, § 922 (g) (1), y y 21 USC § 844 (a).

¹⁹⁵ *Herring* se dirigió al Condado de Coffee, Alabama, y fue al Departamento del Sheriff para recoger una camioneta que le había sido incautada. Mark Anderson, policía en el Departamento del Sheriff del Condado de Coffee, pidió una orden al secretario del departamento para comprobar que no existen órdenes judiciales pendientes, y se contactó con el secretario de órdenes en el vecino Departamento del Sheriff del Condado de Dale, quien comunicó que había una orden de detención pendiente. Quince minutos después el secretario del Condado de Dale llamó de nuevo para advertir al departamento del sheriff del condado de Coffee que había habido un *error administrativo*: la orden había sido retirada cinco meses antes. Pero ya era demasiado tarde, Anderson ya había arrestado a *Herring* y registrado su vehículo, encontrando armas de fuego y metanfetaminas.

Debido a que el error se corrigió en un tiempo muy corto, no había pruebas de que el Departamento del Sheriff del Condado de Dale hubiese hecho mal las gestiones y por lo tanto no ha habido negligencia.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos concedió *certiorari* el 20 de febrero de 2008. El caso se planteó ante la Corte el 7 de octubre de 2008, y fue resuelto en una ajustada decisión de 5-4.

El Tribunal alega que un error en el registro informático judicial no constituye una manifiesta o deliberada mala conducta y lo justifica indicando que todos los errores de registros de la policía son inmunes a la regla de exclusión.

Expresa el Tribunal que..."*si la policía ha demostrado ser temeraria en el mantenimiento de un sistema de autorización, la exclusión sería ciertamente justificada en virtud de nuestros precedentes de mala conducta de la policía que sí debería causar una violación de Cuarta Enmienda*"

En el caso debatido la conducta del policía no fue tan notoriamente culpable como para exigir la exclusión, ya que los errores de la policía son el resultado de la negligencia que tienen su origen en el Tribunal como es el caso de autos. No se trata de un error sistemático o con indiferencia de los requisitos constitucionales.

El Tribunal asevera que “*La norma así alienta encarecidamente a la policía con el cumplimiento de la cuarta enmienda en el futuro*”. El caso fue devuelto al Tribunal de Primera instancia original confirmando las condenas de todas las instancias.

En síntesis relata el caso que en virtud de una orden de detención errónea, que no había sido cancelada en el Tribunal, y que seguía vigente en la base de datos de la policía, el agente Anderson había arrestado a Herring y registrado su vehículo, encontrando armas de fuego y metanfetaminas.

El agente tenía buenas razones para creer que el coche contenía pruebas del delito o que se había cometido un delito y requería la detención como apropiada al caso.

Si el funcionario en lugar de tener una orden realiza un registro que se basa en su propio conocimiento de los hechos, sería extraño decir que el funcionario tuviese una “buena fe”, pero en este caso actuó con base en una orden que él consideraba que estaba en vigor.

El Tribunal Supremo Federal no aplica la regla de exclusión en base que la policía no cometió ningún error y su actuación se hizo con buena fe, dado que el error procedía de un Tribunal, y que en éste la negligencia del funcionario no debía ser tenida en cuenta dado que no tenía interés alguno en que fuera aplicada o no la exclusión de las pruebas constitucionales.

5. Observación actual crítica sobre la excepción de la buena fe en EEUU. Un árbol con frutos sanos pero con raíces “perniciosas”

Creemos que pueden ser de interés unas reflexiones acerca de la creación por la Corte Suprema de la excepción de la “buena fe” y el rumbo que puede adquirir la actualidad de la *exclusionary rule* en USA., como la última excepción o limitación que está imponiendo el Tribunal Supremo americano.

Un caso paradigmático puede venir dado por Estados *Unidos contra Herring*(2009) que antes hemos explicado y que en síntesis abordó la cuestión de si los policías pueden invocar la “buena fe” en la información errónea de una orden de arresto pendiente contra un sospechoso sin comprometer las pruebas resultantes, cuando el origen del error procede de otra agencia u organismo de aplicación de la ley. El Tribunal consideró que la respuesta debía ser afirmativa, siempre que el error no sea lo suficientemente deliberado y culpable para justificar la supresión de la evidencia.

Al respecto entiendo que es apropiado afirmar que el Tribunal Supremo Federal en este caso puede que incurriese en error de continuar difundiendo la excepción de la doctrina de la buena fe a la regla de exclusión de pruebas, toda vez que en el caso en debate no solo hubo error de la policía de aplicar una orden que no estaba vigente sino otro palmario error con origen en un Tribunal de Justicia. Creo que el caso analizado se puede entender la justificación como baladí, deducirse una extralimitación interpretativa y al mismo tiempo entiendo que esta decisión se ha apartado considerablemente de la Cuarta Enmienda para no aplicar unos derechos fundamentales al proceso penal.

¿Cuál es el significado de “buena fe” en la Ley de la Cuarta Enmienda?

Lo primero que se advierte de la buena fe en el contexto de la Cuarta Enmienda es que, a pesar de las connotaciones de la frase en la vida diaria, no tiene nada que ver con los motivos subjetivos de un agente de policía o de sus intenciones¹⁹⁶. En efecto, la Corte Suprema hace referencia a la “*racionalidad objetiva de la creencia de un agente de policía en la validez o la existencia de una orden que es, de hecho, no válida o inexistente*”.

La segunda atención importante sobre la “excepción de buena fe” es que no es una excepción a la exigencia de la Cuarta Enmienda de que todos los registros e incautaciones sean “razonables”. Por el contrario, se trata de una excepción a la regla que dice que cuando la policía viola la Cuarta Enmienda, la prueba resultante es inadmisible en un juicio penal de la víctima dado que el registro es ilegal.

La única vez que una excepción de “buena fe” se convierte en necesaria resulta cuando la policía ya ha violado la Cuarta Enmienda, pero el fiscal mantiene la expectativa de ofrecer las pruebas que resulten de dicha violación en un tribunal penal en contra de la víctima de la vulneración.

A juicio de SHERRY F. COLB estos dos puntos que preceden son importantes porque demuestran porqué la “buena fe” es una consideración necesaria sólo cuando la policía se acoge en una orden -o similar autorización legal independiente- como base para un registro o detención. Cuando la policía realiza un registro o la incautación sin orden judicial, si el agente actúa con la

¹⁹⁶ Sherry F. COLB .Revista. Publicación universitaria de fecha 21 de enero de 2009. Charles Evans Hughes Scholar de Cornell Law School..EE.UU. *Constitutional criminal procedure*.

creencia razonable en los hechos que investiga existe *causa probable*, es suficiente para satisfacer los requisitos de la Cuarta Enmienda¹⁹⁷.

Es sabido que cuando hablamos de “causa probable” significa un nivel de certeza de que está muy lejos de la “prueba más allá de una duda razonable” (el estándar de la prueba en un caso penal). Un agente de policía por lo tanto puede registrar un coche o practicar una detención y eso no significa que la policía haya violado sus derechos de la Cuarta Enmienda. La pregunta clave es si el agente tenía buenas y suficientes razones para creer que el coche contenía pruebas del delito o que se había cometido un delito que requería la detención como apropiada al caso.

Si el funcionario en lugar de tener una orden realiza un registro que se basa en su propio conocimiento de los hechos, sería extraño decir que el funcionario tenía una “buena fe” pero también sería errónea la creencia que un registro o incautación eran objetivamente razonables.

Resulta difícil explicar que un policía cometió un “error suficientemente razonable”. La ecuación cambia, sin embargo, cuando se requiere una orden judicial. A diferencia de la dependencia de los hechos conocidos por un agente de policía la confianza en una orden u otra autorización oficial puede ser razonable y no viola la Cuarta Enmienda, que sí sucede cuando la autorización oficial no existió.

¹⁹⁷ Sherry F. COLB .op. cit. Publicación universitaria de fecha 21 de enero de 2009. . *Constitutional criminal procedure*.

Así, la normativa americana de la mayoría de los Estados que regula la causa probable no se limita a exigir que el funcionario dé razones para creer que tiene una orden, sino que requiere que exista realmente una orden judicial, de manera que alguien que sea ajeno a lo que el Tribunal de Justicia ha descrito como la “comunidad profesional para esclarecer la delincuencia”, lo que en realidad ha revisado es la base para practicar el registro y la confiscación considerados constitucionalmente adecuados.

En lo atinente a la excepción de la “buena fe” refiere la sentencia del caso *Herring* que cuando la policía viola el derecho de la Cuarta Enmienda contra registros e incautaciones irrazonables, con o sin orden judicial, la consecuencia normal es que un juez elimine cualquier prueba descubierta como resultado de la violación. Esto significa que el jurado no será capaz de considerar las pruebas viciadas en la evaluación de la culpabilidad o inocencia del acusado que han experimentado la violación de la Cuarta Enmienda.

La prueba resultante de la conducta no es inconstitucional, sin embargo, las conductas siempre serán censurables. El Tribunal Supremo ha señalado que, a diferencia de la Cuarta Enmienda, en sí misma, la regla de exclusión no resulta constitucionalmente obligada. Es sólo un instrumento para motivar que se actúe de conformidad con la Cuarta Enmienda. En consecuencia, el Tribunal ha aplicado la regla de exclusión, seleccionando los contextos y circunstancias en los que sea superior su valor disuasorio.

En el caso *Arizona v. Evans* en 1995, el Tribunal prorrogó la excepción de buena fe de un caso en que realmente no existió ninguna orden judicial,

pero la Oficina de la Secretaría de la Corte había cometido un error en su registro informático y comunicó que esa orden afectaba al sospechoso que tenía una detención pendiente. Un agente de policía, basándose en el registro erróneo, llevó a cabo la detención, y se planteó la cuestión de la supresión. El Tribunal sostuvo que, a pesar de la ausencia de una orden judicial, la evidencia encontrada como resultado de la detención no se excluiría en el juicio penal del sospechoso. Debido a que el agente de la policía se había basado en la buena fe objetiva sobre el registro erróneo, para el Tribunal de Justicia sería inapropiado aplicar la regla de exclusión. El Tribunal consideró que la parte que había cometido un error en este caso, el secretario del tribunal, era parte del poder judicial y por lo tanto - como el juez - no tendente a una probable conculcación la Cuarta Enmienda. Además, señaló que la regla de exclusión no estaba destinada a regular la conducta de los Tribunales. Y, por último, señaló que los empleados de la Corte no tendrían ningún interés en el resultado de los juicios penales y por lo tanto no serían disuadidos por la supresión de la evidencia. La regla de exclusión, en otras palabras, es sólo para - y eficaz sólo contra - la policía.

Se ha comentado e interpretado si la investigación del caso *Herring* pudo tratarse de un error intencionado y culpable. Y por otro lado si hubo previamente móviles espurios y personales entre el agente Anderson que practicó la detención y el acusado.

Partiendo de unas elementales investigaciones el Magistrado Ginsburg aseveró que, en efecto existieron, tales motivos y así lo declara en su voto particular como discrepante. En el caso *Herring*, el agente Mark Anderson, el

policía que arrestó al sospechoso, no tenía una orden judicial. Asimismo, no tenía causa probable. De acuerdo con la disconformidad del Magistrado Ginsburg, el agente Anderson había tenido previamente un incidente con el demandante, Bennie Dean Herring, que había informado anteriormente a la Fiscal de Distrito la sospecha de que el agente había estado involucrado en el asesinato de un joven de su localidad.

Cuando el agente Anderson vio Herring en el Departamento del Sheriff del Condado de Coffee (donde Herring había ido a recuperar efectos de su camión incautado), Anderson pidió al secretario del condado si existían órdenes de detención pendientes de Herring. Al enterarse de que no había ninguna, Anderson le pidió al secretario que investigase si había órdenes de detención pendientes en contra de Herring en el condado vecino de Dale. La base de datos informatizada del Sheriff del Condado de Dale indicó - erróneamente como resultó - que existía una orden pendiente de detención sobre Herring, lo que motivó que el agente detuviese rápidamente a Herring y registró la incidencia de que la detención se debía a un proceso registrado con hallazgo de drogas y una pistola.

El Tribunal no puede exponer en este caso - como lo había dicho en anteriores casos de buena fe - de que alguien diferente a la policía había cometido el error de referencia. La Oficina del Sheriff había mantenido los registros informáticos erróneos, que al parecer habían estado equivocados durante cinco meses. La Policía es la destinataria de la regla de exclusión, a la que se dirige como un elemento de disuasión. La policía puede ser la parte que pueda ser suspicaz con un fallo en perseguir a los delincuentes y las

pruebas para capturarlos. Además la policía tiene un interés en los resultados de los procesos penales, y por lo tanto es sensible a la regla de exclusión.

En la misma Sentencia el juez Breyer argumentó en su disidencia, que los errores de mantenimiento de antecedentes policiales son por lo tanto significativamente diferentes de los otros errores para los que la excepción de buena fe a la regla de exclusión se había aplicado anteriormente.

El presidente Roberts en nombre de una mayoría de 5-4 del Tribunal de Justicia señaló un aumento de la hostilidad a la regla de exclusión, al anunciar la excepción de buena fe en este contexto. De este modo, hizo hincapié en lo costoso que es para eliminar las pruebas del delito (porque conduce a la liberación de los culpables) y sugirió que por lo tanto, incluso si un error de la policía por negligencia conduce a una detención errónea, la regla de exclusión no es apropiada a menos que la policía haya actuado de una manera que sea propiamente “intencional” para que pueda constituir una disuasión bastante reveladora y “culpable” en relación a la pena del coste social de la exclusión. Un error aparentemente aislado por negligencia en el libro de registro de órdenes vigentes, incluso por una oficina de policía, no satisfizo esta prueba.

En otro orden conexo, y siguiendo la singladura de un probable ocaso de la regla de exclusión, como ha sido expuesto y analizado en el epígrafe de la Quinta Enmienda, la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado (junio 2010) que desde ahora serán los propios detenidos quienes deberán invocar los Derechos de Miranda, desligando a la fuerza policial de hacerlo ante un arresto. Las últimas modificaciones a los Derechos Miranda en Estados Unidos,

obligan al detenido a invocarlos para ejercerlos, de otra forma se entiende que el sospechoso no los está ejerciendo.

El Tribunal Supremo de Estados Unidos por votación de 5 contra 4, decidió en el caso de *Berghuis v. Thompkins*(1-6-2010) que los sospechosos deberán invocar verbalmente y claramente su derecho a mantener silencio cuando hayan sido arrestados, así como también a que un abogado los represente en un fuero legal¹⁹⁸.

De acuerdo con esta decisión, las palabras de una persona sospechosa de un delito podrán ser usadas en su contra si ésta no menciona claramente a la policía que no desea hablar, aun después de que se le haya leído la Advertencia Miranda.

De no existir una invocación clara por parte del sospechoso del ejercicio de sus derechos constitucionales, la policía podrá continuar preguntando. Consecuentemente, todas las respuestas dadas por el sospechoso no serán excluidas del proceso.

¹⁹⁸ U.S.C *Berghuis v. Thompkins*(1-6-2010)

5. El modelo de Jurisprudencia Federal. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, síntesis y desarrollo doctrinal de la prueba ilícita. El catálogo de excepciones

A título de colofón de este capítulo dedicado a los EE.UU. y por razones didáctico-metodológicas, consideramos útil y adecuado describir la doctrina que emana de una destacada Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico de 17 marzo de 2006, país en que, como es conocido, rige el derecho y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal de EE.UU. como estado libre asociado de Norteamérica¹⁹⁹. Por otro lado considero que tiene una ventaja adicional al referir criterios jurisprudenciales del propio Tribunal Supremo del Estado, y a efectos de un cotejo o contraste jurisprudencial, que pudiera redundar en enriquecer el acervo de conocimientos y curiosidad científica del lector.

Pensamos que acoge con una considerable fidelidad y actualidad jurisprudencial –que se estima común a las culturas jurídicas EE.UU. e incluso de España como después se verá- una síntesis y desarrollo doctrinal de la prueba ilícita, su variante teoría de los “frutos ponzoñosos o árbol envenenado” y un consolidado catálogo de excepciones. En cualquier caso sus conclusiones son fecundas y claras. Puede ser de interés a efectos de comparaciones en todo el entorno federal norteamericano y aspectos comparativos con la aplicación doctrinal en nuestro país.

¹⁹⁹ No obstante la Constitución estatal en algunos derechos fundamentales, al ser más moderna, otorga garantías más amplias que la Federal y primitiva, y por ello expresa en unos de sus párrafos que la protección contra registros y allanamientos irrazonables concedida por nuestra constitución es de “factura más ancha” que la otorgada en virtud de la constitución federal.

Destacamos los Fundamentos de Derecho y Doctrina de la Sentencia según los apartados siguientes:

La Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege a las personas contra registros, allanamientos e incautaciones irrazonables. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, por su parte, contiene una disposición análoga en su Art. II, Sec. 10.

Estas cláusulas constitucionales protegen el derecho de intimidad del individuo en tanto le garantizan estar libre de intrusiones gubernamentales irrazonables con su persona, su hogar, sus papeles y otros efectos. La prueba obtenida en contravención a esta disposición es inadmisible en los tribunales.

Dicha protección sólo se activa cuando los agentes gubernamentales han realizado un “registro” en sentido constitucional. Esto ocurre únicamente cuando la persona que alega la violación alberga una expectativa razonable de intimidad sobre la evidencia registrada²⁰⁰. Conforme a esta doctrina, no basta que el individuo subjetivamente albergue una expectativa de intimidad *sino que dicha expectativa debe de ser objetivamente aceptada por la sociedad como razonable.*²⁰¹.

Enuncia el Tribunal Supremo de Puerto Rico que la protección contra registros y allanamientos irrazonables concedida por su constitución es *de*

²⁰⁰ *Pueblo v. RDT Construction*, supra. Véase también, *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967).

²⁰¹ *Vid., Charles H. Whitebread & Christopher Slobogin*, *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, a la pág. 135 (Foundation Press, 2000). *Pueblo v. Loubriel Serrano*, 2003 T.S.P.R. 2

“factura más ancha” que la otorgada en virtud de la constitución federal.²⁰² Esto responde a que, en la zona del derecho de intimidad, la Constitución de Puerto Rico concede más derechos que su homóloga federal.

Al respecto, en el pasado el Tribunal ha concedido mayor protección en las siguientes instancias: (1) registro de vehículo como incidental a un arresto, *Pueblo v. Malavé*, (1988), (2) registro de la persona como incidental a un arresto, *Pueblo v. Dolce*, (1976), (3) interceptación de comunicaciones telefónicas, *Puerto Rico Telephone Co. v. Martínez*, (1983), e (4) incautación de documentos privados sometidos a la custodia de instalaciones bancarias²⁰³.

Este último caso resulta particularmente pertinente para resolver la controversia, donde se rechazó la norma federal de *U.S. v. Miller* (1976) mediante la cual se establecía que una persona que voluntariamente entrega sus documentos a una institución bancaria pierde cualquier expectativa legítima de intimidad sobre ellos²⁰⁴. Con amparo en la constitución de Puerto Rico, más garantista, el Tribunal declara que los clientes de los bancos “*tienen una expectativa legítima de su intimidad sobre los documentos depositados.*”

En dicho precedente el Tribunal resolvió que la persona cuya cuenta se pretende investigar debe ser notificada de la orden de requerimiento de documentos para que tenga la oportunidad de cuestionar la legalidad de la intervención gubernamental. Posteriormente aclaró que la entidad

²⁰² Véase también, *Ernesto L. Chiesa*, Los derechos de los acusados y la factura más ancha, 65 *Rev. Jur. U.P.R.* 83 (1996). *Pueblo v. Valenzuela Morel*, 2003 *T.S.P.R.* 10

²⁰³ *Pueblo v. Malavé*, 120 D.P.R. 470 (1988), *Pueblo v. Dolce*, 105 D.P.R. 422 (1976), *Puerto Rico Telephone Co. v. Martínez*, 114 D.P.R. 328 (1983)

²⁰⁴ *U.S. v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976)

investigadora puede prescindir de realizar la notificación siempre y cuando haya obtenido una orden judicial para registrar los documentos bancarios en cuestión.

Expone el Tribunal que en virtud de la doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso, la protección contra registros irrazonables acarrea no sólo la inadmisibilidad de la evidencia ilegalmente ocupada sino también la de cualquier prueba estrechamente vinculada con la intervención ilegal inicial²⁰⁵. La doctrina tiene el propósito de asegurar que el efecto disuasivo de la regla de exclusión no sea socavado mediante la admisibilidad de una prueba que es un fruto de una intervención ilegal previa. La referida doctrina puede, incluso, culminar en la exclusión de la prueba que, a pesar de haberse procurado legalmente, está de algún modo vinculada a una previa actuación ilegal del Estado. Ello porque lo contrario fomentaría “*la violación de la protección contra registros irrazonables (mediante la realización de un arresto ilegal, por ejemplo) con la esperanza de obtener evidencia de otra manera admisible (una confesión subsiguiente siguiendo los parámetros de Miranda)]*”.

Por otro lado, un fruto es admisible cuando se cumple con los requisitos de cualquiera de las siguientes tres doctrinas:

- 1.** Doctrina del vínculo atenuado.
- 2.** Doctrina de la fuente independiente, y
- 3.** Doctrina del descubrimiento inevitable.

²⁰⁵ Véase a Pueblo v. Serrano Cancel, 148 D.P.R. 173 (1999), a la pág. 189.

La primera permite que se admita como evidencia aquella prueba cuyo vínculo con la conducta ilegal es tan atenuado que ya no está contaminada por la ilegalidad inicial. El ámbito de aplicación de la doctrina del *vínculo atenuado* depende de tres factores, a saber:

- El propósito y la intensidad de la conducta ilegal,
- La “proximidad temporal” entre la conducta ilegal y la obtención del fruto,
- La existencia de circunstancias o eventos interventores entre la ilegalidad inicial y la obtención del fruto.

La regla de exclusión tampoco es aplicable cuando el Estado demuestra que la evidencia fue obtenida en virtud de *una fuente independiente* de la intervención ilegal. El propósito de admitir evidencia que cumple con los requisitos de esta doctrina es asegurar que “*el ministerio público no sea puesto en peor posición [que en la que estaba previo a la intervención ilegal]* sencillamente por razón de una previa actuación estatal ilegal”. *Murray v. U.S.* (1988). Cuando la evidencia es obtenida mediante una fuente independiente a la actuación ilegal no hay “mácula” alguna que atenuar y, por tanto, la prueba incautada es admisible ya que, estrictamente, no constituye un fruto del árbol ponzoñoso²⁰⁶.

El Tribunal Supremo del Estado de Puerto Rico añade que los frutos también son admisibles cuando la prueba cuya supresión se solicita inevitablemente hubiese sido descubierta sin tomar en cuenta la información obtenida mediante el registro ilegal. Al igual que la doctrina de la fuente

²⁰⁶ *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533 (1988). *Vid. a Chiesa, supra*, a la pág. 319. Véase también a *Whitebread & Slobogin*, pág. 42.

independiente, el propósito de la regla de descubrimiento inevitable es evitar poner al Estado en peor posición de la que estaba antes de la actuación ilegal²⁰⁷.

La doctrina de descubrimiento inevitable constituye una variación de la *regla de la fuente independiente*.²⁰⁸ Se diferencia de ella, no obstante, en cuanto la cuestión central no es si el Estado *obtuvo* la evidencia mediante una fuente independiente sino si *inevitablemente* la hubiese obtenido a pesar de la previa intervención ilegal.

Según el Tribunal Supremo de Puerto Rico para que se admita la prueba conforme a la doctrina de descubrimiento inevitable es necesario que el Estado demuestre que cumplió con los siguientes criterios:

- Que el gobierno estaba realizando una investigación legal que seguramente hubiera producido la misma evidencia que fue obtenida como fruto de la intervención ilegal.
- Que la investigación era conducida por agentes distintos a los que cometieron la ilegalidad, y
- Que la investigación estaba llevándose a cabo con anterioridad a la actuación ilegal.
- Por otro lado, la información también debe ser admitida cuando se logra demostrar que la evidencia seguramente hubiese sido obtenida posteriormente en virtud de algún procedimiento estandarizado o rutinario.

²⁰⁷ Véase *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)

²⁰⁸ LaFave, Israel & King, II Criminal Procedure, secc. 9.3(e).

La doctrina de los frutos del árbol ponzoñoso opera de forma distinta dependiendo del tipo de fruto obtenido, por lo que el análisis varía según el fruto de la actuación ilegal sea una confesión, una identificación o el descubrimiento de un testigo. Se admite la prueba cuando el fruto es el descubrimiento de un testigo ya que, como señaló el Tribunal Supremo Federal, “*los testigos no son como revólveres o como documentos que permanecen ocultos a la vista hasta que uno rebusca en un sofá o abre un gabinete para almacenar efectos*”²⁰⁹. Esto se debe a que, en muchas ocasiones, los testigos están disponibles para ser cuestionados en cualquier momento e, inclusive, cooperan voluntariamente con la investigación estatal. La consecuencia de ello es que resulta más fácil probar que los agentes de todas maneras hubiesen tenido conocimiento de la identidad del referido testigo.

En Sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico de 17 marzo de 2006, el Ministerio Público alegó que los comprobantes de retención de contribución sobre ingresos son admisibles toda vez que el recurrente no tenía una expectativa razonable de intimidad sobre él y que la actuación gubernamental no constituyó un “registro” susceptible de activar la protección constitucional contra registros y allanamientos irrazonables. El Tribunal Supremo de de P. Rico adujo que al Fiscal no le asiste la razón.

Según el precedente del propio TS. Puerto Rico en *Pueblo v. Loubriel Serrano*, el recurrente no tiene expectativa legítima de intimidad cuando los datos se solicitan por Hacienda, aunque no es menos cierto que el Estado obtuvo la información sobre sus ingresos en virtud de que descubrieron la

²⁰⁹ . *U.S. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1974), a la pág. 276 (traducción del TS. Puerto Rico)

identidad de su patrono mediante el *subpoena duces tecum*(requerimiento de entrega de documentos) que ilegalmente le cursaron. Por ello, el descubrimiento de la identidad del patrono del recurrente constituye un *fruto del árbol ponzoñoso*.

Cuando el fruto obtenido es la identidad de un testigo generalmente se admite la evidencia en virtud de la doctrina de descubrimiento inevitable.

En fin, es probable que el aparato de investigación del Estado hubiese conseguido dicha información en un período relativamente corto de tiempo.

Concluye la Sentencia del TS. de P. Rico de 17 de marzo de 2006 .."Por último, *no nos cabe duda de que en el caso de autos el Estado cumplió con dos de los tres criterios requeridos para establecer la excepción de descubrimiento inevitable*".

Así declara que el primer criterio se satisface ya que el Gobierno estaba realizando una investigación mediante la cual seguramente hubiesen tenido conocimiento de la identidad del patrono. El tercer criterio también se cumplió ya que la investigación estatal contra el recurrente estaba llevándose a cabo con anterioridad a la actuación ilegal.

Sólo queda determinar si la referida investigación era llevada por agentes distintos al que ilegalmente le cursó el *subpoena duces tecum* a la Cooperativa.²¹⁰ En el caso planteado el Tribunal afirma que no es posible

²¹⁰ *Subpoena duces tecum*, equivale a un requerimiento a una persona o testigo para que aporte documentos.

determinar si algún agente distinto al que actuó ilegalmente colaboró con la referida investigación.

El Tribunal acuerda devolver el caso al foro de instancia, y según sus palabras: “*para proveerle al Ministerio Público la oportunidad de establecer que seguramente hubiesen descubierto la identidad del patrono mediante una investigación llevada a cabo por un agente distinto al que emitió el requerimiento ilegalmente*”.

A la luz de lo analizado cabe destacar doctrinalmente la primacía y aplicación de la doctrina actual del Tribunal Supremo Federal sobre todos los Tribunales Supremos de los cincuenta Estados ya que en definitiva es la misma doctrina general básica de todos los Estados Unidos para “admitir frutos ilícitos” y por tanto rechazar la exclusión de pruebas ilícitas, cuya doctrina jurisprudencial se verá que en España es muy similar²¹¹. La regla de ineeficacia de la prueba derivada surge en el Derecho norteamericano, si se acredita la concurrencia de los siguientes hechos: la independencia de la fuente de la prueba derivada -esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecían con vinculación lógico-causal (*la independent source*, del caso *Wong Sun contra los Estados Unidos*, de 1963); la inevitabilidad del descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito (*inevitable discovery*, apreciado en el caso *Nix contra Williams*, de 1984); en tercer lugar, *la buena fe* en la obtención de las pruebas directas (caso Estados

²¹¹ No obstante en EEUU, como es conocido, la característica fundamental del *common law* es la doctrina del “precedente,” de conformidad con la cual los jueces emplean los principios de derecho establecidos en causas anteriores para decidir causas nuevas con hechos similares y que presentan cuestiones de derecho similares. Los jueces de tribunales inferiores tienen la obligación de acatar las resoluciones de los otros tribunales superiores dentro de su jurisdicción.

Unidos contra León, de 1984); en último término, la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* (*Estados Unidos contra Ceccolini*, de 1978²¹²).

Cerramos este epígrafe haciendo un punto de reflexión sobre el “árbol” regenerado jurisprudencialmente que ahora muestra en apariencia unos frutos sanos pero con unas “raíces perniciosas”. Y lo decimos porque estas insanas y peligrosas raíces son a costa de las flagrantes vulneraciones e inmolación de los derechos fundamentales en el proceso penal. Sabemos que éste es el más sensible porque está en juego la libertad y la vida de los ciudadanos. La pena capital se aplica, como es sabido, en muchos estados de EE.UU (38) y hacemos la consideración de que esta es una consecuencia del trueque que se ha ido configurando de los derechos y libertades fundamentales de la I, IV y VI Enmiendas por la seguridad colectiva de la sociedad e individual de los ciudadanos bajo los auspicios de una nueva visión global de la Política Criminal. Puestos ambos conceptos en la balanza de justicia...¿ Deben coexistir ambos...o prevalecer alguno..? ¿ Cuál de ellos..?

Entiendo que los derechos fundamentales deben retomar el rol que les corresponde en cualquier Estado Democrático de Derecho. Del mismo modo debe ser viable que no se abandonen aspectos básicos de seguridad de los ciudadanos, que evidentemente han de ser auspiciado por los países y organizaciones plurinacionales. Prevalecer el derecho o la seguridad en términos excluyentes de uno u otro carece de sentido de nuestros tiempos, ya

²¹² Debe indicarse, como se irá desgranando en los capítulos siguientes dedicados España, que la mayor aportación norteamericana a nuestra jurisprudencia la encontramos en materia de prueba derivada donde tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo recogen prácticamente la totalidad de excepciones consolidadas en el derecho estadounidense.

que ni todos los actos de la persona pueden ser sólo un entramado incondicional de garantías jurídicas ni tampoco susceptibles de una protección absoluta en aspectos de seguridad.

Su coexistencia y convivencia es indispensable, necesaria y lógicamente democrática, para que los pueblos puedan gozar de libertad, justicia y seguridad.

CAPÍTULO SEGUNDO.

INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.

I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Indicábamos en el capítulo I a raíz de los antecedentes históricos del constitucionalismo comparado entre los EE.UU. y España que en nuestro país la historia constitucional iniciada en 1808 ha sido presidida por las discordias y desavenencias entre los partidos políticos, otros estamentos y jerarquías de influencias en la época, pudiendo calificarse estos acaecimientos históricos de fragmentados, tardíos, caóticos, frágiles, partidistas y enmarañados, hasta que en 1978 se promulgó la vigente, que muestra la nueva situación política de España con necesidad de reflejarse en un texto constitucional adecuado. Era precisa una norma que contara con el consenso de la mayoría de los partidos con representación parlamentaria, una verdadera carta magna democrática, occidental, avanzada y garantista

En nuestro país los negativos e inestables antecedentes históricos constitucionales fueron el reflejo de una experiencia a tener presente y que debía ser necesariamente muy diferente en 1978. Por ello probablemente la Constitución actual se gestó con un ejemplar consenso unificador de todas las fuerzas políticas -acaso con el temor latente del pasado- en la incipiente democracia y en consecuencia logramos que nuestra “Ley de Leyes” tuviera un carácter integrador, con una aceptación popular insólita en nuestro panorama constitucional histórico.

Una vez creado el Tribunal Constitucional en 1979 y sus normas de funcionamiento, como máximo intérprete de la Constitución, se empiezan a interpretar y aclararse los derechos fundamentales (art.14 a 29 CE.) .Se instaura un nutrido cuerpo de doctrina constitucional en diferentes materias que marcan pautas de seguimiento por los Tribunales.

En los más de treinta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como es sabido, se ha producido una gran actividad de interpretación constitucional. En especial cabe destacar, en primer lugar, la materia del desarrollo de los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna, que pueden tener una relación más directa con este trabajo, como son los preceptos constitucionales del Capítulo II y su Sección . Estos derechos fundamentales y libertades públicas aparecen estrechamente vinculados a la prueba ilícita penal, pues únicamente ellos ante la vulneración de algún derecho fundamental puede conllevar la sanción de no ser utilizada la prueba en el proceso penal.

Debemos al respecto indicar que si algo hemos aprendido bajo la vigencia de la Constitución de 1978 ha sido el constatar que, en democracia, el juez penal es, por excelencia, el juez de los derechos fundamentales. A él le corresponde decidir sobre los registros domiciliarios, el secreto de las comunicaciones, la adopción de medidas cautelares que afectan directamente a la libertad personal y, cómo no, sobre el muy elevado número de derechos fundamentales directamente vinculados al ejercicio del *ius puniendi* del Estado²¹³.

²¹³FRANCISCO CAAMAÑO. *Garantía constitucional de la inocencia. Preámbulo*. Tirant Lo Blanch. 2003. Valencia, p. 31

Como hemos anotado, los derechos fundamentales en España han venido definidos principalmente por la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. Este hecho no sólo ha sido significativo en los primeros tiempos, en los que no existían aun normas de desarrollo o se trataba de normas preconstitucionales, sino también con posterioridad para interpretar las leyes de desarrollo que se han ido dictando (y eventualmente para declarar su inconstitucionalidad).

La doctrina, en general, ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y considero, en base a lo que conozco, que no siempre se ha mostrado innovadora²¹⁴. No obstante, conviene señalar que el contenido de los derechos resulta más nítido en aquéllos que son susceptibles del recurso de amparo, puesto que, obviamente, son mayores las ocasiones que ha tenido el Alto Tribunal de pronunciarse sobre los mismos, mientras que en el resto de los derechos al no contar con ese instrumento las ocasiones de que ocupen la atención del Tribunal han sido lógicamente menores, salvo que se hallen asociados con derechos que si lo están.

Como criterio a la hora de interpretación de los derechos fundamentales, como antes se ha expresado, hay que señalar el valor vinculante de los derechos y libertades para los poderes públicos del Capítulo Segundo, Título I, tal como indica el Art. 53.1 CE de la Constitución. Este precepto ha sido interpretado por la doctrina constitucional como una obligación de aplicación directa de esos preceptos, incluso en casos de ausencia de

²¹⁴ Me refiero especialmente a la comparación de la prueba ilícita de España con su asimilada de EEUU.

legislación de desarrollo. Además debe tenerse presente el carácter vinculante que tienen las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional.

II. INTRODUCCIÓN DE LA PRUEBA PENAL PROHIBIDA. DOCTRINA

Desde una perspectiva doctrinal tenemos que partir de que el Tribunal no puede fundamentar su sentencia en la “prueba prohibida” y que la actividad jurisdiccional de carácter probatorio no puede practicarse con vulneración de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales²¹⁵.

De acuerdo con lo declarado por el Tribunal Constitucional y antes de la existencia del precepto de la LOPJ., su art. 11.1., aunque se careciese de una regla legal expresa que establezca la exclusión procesal de la prueba ilícitamente adquirida, es evidente la derivación de la posición preferente que los derechos fundamentales ostentan en el ordenamiento, al igual que su condición de inviolables, según establece el art. 10.1 de la CE y Jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional²¹⁶.

Esta regla expresa que procede la exclusión de la prueba obtenida de modo inconstitucional cuando exista violación de derechos y libertades de ámbito fundamental, y que hoy día se halla en el art. 11.1. LOPJ.

En aplicación literal de esta norma, estaríamos ante la presencia de supuestos evidentes de abstención de valoración de la prueba prohibida, cuando se pudieran obtener mediando la vulneración de garantías y derechos

²¹⁵ Vid. por todos, V. GIMENO SENDRA/V. MORENO CATENA /V. CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Lecciones de Derecho procesal.2^a ed. Colex, Madrid, 2003.*p. Págs.97 – 98.

²¹⁶ SSTC. 114/1984(*punto de arranque doctrinal en España*), 174/1985, 150/1987, 80/1991, 85/1994.

constitucionales con rango de fundamentales, como sería el caso de la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones de los arts. 18.2 y 3 CE, el derecho a la intimidad del art. 18.1, o el de defensa del art. 24.

Igualmente podríamos hablar de prueba prohibida cuando se utilizasen métodos o maneras que la Constitución prohíbe, como se trataría de una confesión forzada con torturas, hipnosis, o “suero de la verdad”, que proscribe el art. 15 o de forma expresa no autoriza; en los casos de una coacción para obtener una declaración sobre la ideología, religión o creencias, significaría la transgresión del art. 16.2 CE o la violación de la exención de prestar declaración por razón del parentesco o del secreto profesional del art. 24.2. Y como éstos otros muchos supuestos insitos o derivados de los derechos fundamentales de la Carta Magna.

Podemos expresar que algunas opiniones doctrinales apuntan hacia una línea de otorgar la debida supremacía y el rango que se merecen los derechos fundamentales de la CE., así como las afirmaciones de que su violación en el curso de un proceso penal, sin haberse adoptado las garantías necesarias, conllevaría a la nulidad radical de la actividad probatoria o más palmariamente a la prohibición de valorar dichas pruebas a la hora de dictar sentencia²¹⁷.

En cuanto a los actos de prueba que limitan derechos fundamentales, ha de indicarse que en el proceso penal es frecuente hallarse comprometido el derecho a la libertad del art. 17 CE y que para averiguar la verdad material, en bastantes ocasiones y en función de delitos específicos - sobre todo contra la Salud Pública -es necesario restringir determinados derechos fundamentales,

²¹⁷ V. GIMENO SENDRA. Op. cit. p.382

como el derecho a la integridad física - art. 15 CE -, a la intimidad - art. 18.1 -, la inviolabilidad del domicilio - art. 18.2 -, el derecho al secreto de las comunicaciones - art. 18.3 -, y sobre todo el elenco del art. 24.2 CE según sostiene GIMENO SENDRA²¹⁸.

En estos supuestos adquieren una especial relevancia los actos de prueba limitativos de los derechos fundamentales, pues al afectar a los derechos del hombre más preciados e importantes, la Ley y la jurisprudencia someten la legalidad de su adopción al cumplimiento de especiales requisitos y garantías.

La inobservancia de los requisitos y garantías constitucionales por parte de la Autoridad o funcionario puede hallarse sometida a una sanción material, como pudiera ser el nacimiento de responsabilidad penal - según los Títulos VI, VII, X y XXI del CP 95 -, o bien a una sanción procesal, en virtud de la cual el valor del acto ilícito que vulnere un derecho fundamental queda reconducido al de meros actos de investigación, y como tales, no aptos para poder fundamentar una sentencia de condena. Puede suceder también que se conviertan en un acto de prueba de valoración prohibida por el Tribunal sentenciador.

²¹⁸ GIMENO SENDRA. Op. cit. p. 381-386

A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad lo podemos calificar como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. Cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de Derecho y del principio de unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionalmente reconocidos.

Su arranque jurisprudencial en España tiene su origen en el Auto del Tribunal Supremo de 18 junio de 1992. Todo el elenco de los requisitos y garantías que deben presidir los actos que limiten garantías y derechos fundamentales se puede resumir en la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

La doctrina sobre la proporcionalidad fue creada por el Tribunal Supremo Federal los EE.UU., los Tribunales Constitucionales Europeos y los de las Comunidades Europeas al interpretar las normas que tutelan los derechos fundamentales. Su resumen vendría dado por el cumplimiento de los siguientes requisitos - brillantemente expuestos en el conocido Auto del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1992-

En cuanto a los requisitos del principio de proporcionalidad cabe mencionar, primer lugar, que el juez habrá de constatar si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad). En segundo término, el órgano judicial deberá considerar si dicha diligencia ha de

ser necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Finalmente, el juez habrá de valorar si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para la defensa del bien constitucional protegido que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (estamos ante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En definitiva, el principio de proporcionalidad en sentido estricto impediría que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justificase la adopción de medidas limitadoras de los derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles.

Pero podemos apuntar respecto esta doctrina de la proporcionalidad, antes de revisar y examinar los requisitos de la jurisprudencia y criterio de los autores dichos, que no siempre se ha aplicado la “doctrina Naseiro” del ATS de 18 junio de 1992. Ésta hace referencia a un caso de corrupción política del año noventa y que el Magistrado Enrique Ruiz Vadillo (Ponente) se valió del mismo para crear una doctrina jurisprudencial inédita hasta la fecha de su Auto de 18 junio 1992 . Constituye una defensa a ultranza de los derechos fundamentales de la persona. Advierte que esta nueva vía de la jurisprudencia española es una apuesta fuerte porque exige un modelo totalmente distinto de la relación juez / policía. Dicha doctrina innova un desarrollo impecable del principio de proporcionalidad con ocasión de unas interceptaciones telefónicas. Así, en uno de sus apartados expresa que “*todo cuanto afecta al derecho a la intimidad de la persona ha de contemplarse con especial atención en razón a lo que significa, como Derecho Fundamental que es, y en este sentido, son siempre*

de aplicación las ideas de proporcionalidad que forman parte de la Justicia misma (...) ”

Pero hay que exteriorizar, por experiencia en el mundo del foro, que con frecuencia no se han seguido sus pautas y su aplicación en modo alguno ha sido unánime. La extensiva interpretación garantista que rezuma dicha resolución no se ha otorgado en múltiples resoluciones que restringen derechos fundamentales. Es más, creemos y parece que en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de julio de 1998, en el llamado Caso Valenzuela Contreras c. España, se hace un llamamiento al legislador español en cuanto a que en España no se cumplen los requisitos mínimos que exige el TEDH. para la intervención de telecomunicaciones y parece que la doctrina de dicho Auto no se aplicó al demandante de amparo internacional, a raíz de su texto²¹⁹.

Da la impresión que el art. 10.2 CE queda un tanto apartado u olvidado transitoriamente, por lo menos en su aplicación material y real al caso Valenzuela sobre escuchas telefónicas inconstitucionales²²⁰. En síntesis en el caso Valenzuela, el TEDH, condenó al Estado Español, por no haber aplicado debidamente el art.8.2 del CEDH., ya que las originarias intervenciones telefónicas de que fue objeto el Sr. Valenzuela no estaban de modo expreso previstas en aquellos años en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de nuestro país.

²¹⁹ Dicho Auto ya se había consolidado en el panorama jurisprudencial español, por lo menos cuando el proceso del Sr. Valenzuela pendía en el Tribunal Supremo (STS. 19 de marzo de 1994) y mucho más en amparo ante el Tribunal Constitucional (Inadmite por Auto de fecha 16 de Noviembre de 1994, y por los motivos que obran apartado 28 de la STEDH, al que nos remitimos

²²⁰ Recordamos y es sabido que el art.10.2 establece que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales...”

En relación a los requisitos comunes del principio de proporcionalidad, hay que referir el principio procesal de legalidad, que constituye un presupuesto común para todo acto procesal que limite algún derecho fundamental. Viene referido en el art. 8.2 del C.E.D.H al requerir que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar “prevista por la ley”, lo que exige que el ordenamiento interno autorice expresamente a la autoridad judicial disponer tales actos de prueba²²¹.

Además, y debido a que al limitarse derechos fundamentales, la regla general dice que “*la Jurisdicción ostenta, no solo la última, sino también la primera palabra*”, otro requisito común de tales actos lo constituye la jurisdiccionalidad de la medida, y según la cual los Jueces de Instrucción son los únicos competentes para adoptarlas.

La policía judicial puede restringir determinados derechos fundamentales de modo excepcional, y actuando a prevención por estrictas razones de urgencia y bajo el cumplimiento de especiales garantías, como sería el derecho a la libertad por vía de detención - art. 17 CE - o la inviolabilidad del domicilio en aquellos casos de delito flagrante - art. 18.2 CE.

Existen además unos requisitos especiales, que la doctrina jurisprudencial de la proporcionalidad exige también tales como una estricta observancia al principio de necesidad, ya que no basta con que la medida esté prevista en la Ley y se adopte por un juez, sino que resulta así mismo imprescindible que, de modo objetivo, se justifique para obtener el cumplimiento de los fines

²²¹ SSTEDH, caso Malone, de 2 de agosto de 1984, caso Huvig, de 4 de abril de 1990.

constitucionales que la legitiman y que se debe adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental²²².

El principio de necesidad, que también vendría a integrar el de proporcionalidad y a formar parte de su estructura, e implica la observancia de dos presupuestos especiales, uno de carácter material y el otro procesal.

El material, viene dado porque, desde la perspectiva jurídica – sustantiva, la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave - , el cual ha de determinarse en la solicitud de la intervención²²³. No debe sacrificarse ningún derecho fundamental para investigar una falta o contravención administrativa - por ello el art. 495 CP prohíbe la detención por “simples faltas”.

Respecto del otro presupuesto, el procesal, debe ser, en primer lugar, la Autoridad competente para la adopción de la medida escrupulosa con el cumplimiento del principio de legalidad procesal. Es un órgano judicial, lo que obliga a que tales actos de prueba se adopten dentro del procedimiento penal adecuado, que nunca debe ser, ni la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio Público. En efecto, el Ministerio Fiscal no es Autoridad judicial y, por tanto, fuera del supuesto de la detención, no puede adoptar resoluciones que limiten derechos fundamentales, ni en el curso de las atípicas “diligencias indeterminadas”.

En segundo término, el juez debe realizar una especial motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental - STS. 23 junio de 1992 - en la

²²² Art. 8.2 C.E.D.H - y SSTC. 158/1993, 85/1992, 113/1989

²²³ SSTEDH, casos “Kruslin” y Huvig” y AUTO TS. de 18 de junio de 1992 y - STS. 12 de enero de 1995.

que ha de plasmar el juicio ponderación entre los contradictorios derechos e intereses en pugna, a fin de justificar en él la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas del sacrificio de su derecho fundamental, sino también para que pueda ejercitarse con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el Tribunal *ad quem* podrá comprobar la justificación del acto. En caso de no existir tal motivación, el Tribunal Constitucional es concluyente a la hora de estimar el recurso de amparo tan sólo por el incumplimiento de este requisito formal²²⁴.

B. LA PRUEBA DE VALORACIÓN PROHIBIDA

1. Introducción

De la apreciación de la prueba hay que marginar los supuestos de prueba ilícita y de prueba prohibida. Parece que ambos términos, prueba ilícita y prueba prohibida se utilizan de forma indistinta. No obstante, entrañan conceptos diferentes.

Con referencia a una primera etapa de la institución procesal de la prueba ilícita penal objeto de estudio en el presente trabajo, según el criterio de GIMENO SENDRA se pueden traer a colación las siguientes diferencias²²⁵.

²²⁴ SSTC.26/1981, 62/1982, 37/1989, 85/1994 y como así mismo señalan los autores al principio citados.

²²⁵ Op. Cit. nota(9) . p.385-386. Se elige este criterio al objeto de poder contrastar opiniones actuales con las de los autores citados, al tener éstas su procedencia en los inicios de las diferentes disquisiciones doctrinales que albergaba la prueba ilícita teniendo en cuenta que antes del año 1984 pocas

La prueba ilícita es la que infringe cualquier Ley, la fundamental y la ordinaria mientras que la prueba prohibida se refiere a la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales.

Mantiene asimismo, que se diferencian por sus efectos: la prueba ilícita puede dar lugar a una nulidad de actuaciones, mientras que la prueba inconstitucional - prohibida – puede dar lugar a una prohibición de valoración del resultado probatorio, sin producir nulidad procesal alguna.

A la prueba prohibida se refiere expresamente el art. 11.1 LOPJ., según el cual *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*

Señalan los referidos autores, que del precepto se infiere claramente, que el ámbito de la prohibición de valoración no se extiende a cualquier supuesto de prueba ilícita, sino única y exclusivamente a la que haya infringido alguna norma constitucional y tuteladora de los derechos fundamentales.

En tono discrepante, creo que se puede sostener que la prueba ilícita es la que infringe únicamente derechos fundamentales y a ésta se refiere el Art. 11.1. LOPJ. y por otra lado, en posición contradictoria con los anteriores postulados de los autores citados, debe ser puesto de manifiesto que según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1998 en el proceso penal no rige la teoría de la nulidad de actuaciones, sino la de prohibición de valoración de la

conclusiones se podía extraer de la doctrina científica dado que la jurisprudencia hasta ese año no se pronuncio sobre la materia., y que tuvieron que pasar varios años hasta situarse dentro o fuera de la doctrina constitucional *“ad hoc”*.

prueba obtenida mediante violación de derechos fundamentales (F.D.2 Voto particular primero)

A mayor abundamiento, y en opinión disconforme con lo mantenido por los enunciados autores, consideramos que en la práctica forense ambos conceptos pueden ser semejantes desde un punto de vista pragmático. Así se estima y entendemos que lo vienen indicando tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del T. Supremo que unas veces la denominan prueba ilícita, otras pruebas obtenidas ilícitamente, prueba prohibida, prueba inconstitucional y otros términos parecidos.

Pero sustentamos que cuando estuviéramos hablando de la vulneración de derechos o libertades fundamentales, estaríamos ante prueba ilícita o prohibida, y ambos términos incluidos en el art. 11.1 LOPJ. en directa relación o conexión con los art. 14 al 29 de la CE y en su caso, se nos ocurre que la diferencia pudiera referirse al momento de entrada o acceso al proceso, permanencia y en su valoración al final de éste, por lo general una Sentencia.

Por ello decimos que la prueba ilícita vendría configurada en referencia al momento anterior a dictarse la oportuna sentencia, y aquí tendrían cabida los actos de investigación, elementos de prueba o medios de prueba ilícitos en fase pre-procesal - diligencias de investigación policial - , o procesal, referida a diligencias que entran y se practican durante y en el curso de un proceso penal, incluido el Juicio Oral.

El término prueba prohibida seguiría siendo prueba ilícita pero refiriéndose a la conculcación o infracción de los mismos derechos y libertades fundamentales, ahora ya en la fase del momento en que se dicta sentencia por

el tribunal sentenciador, es decir cuando en realidad se lleva a cabo la valoración - de la prueba ilícita- , y que *por el hecho de ser ilícita se convierte en prohibición de valoración*, y en consecuencia afectante al derecho de presunción de inocencia, y por ende prueba prohibida que debiera producir la absolución en los casos en que no exista más prueba de cargo o indirectamente no tenga una conexión antijurídica con otras inicialmente válidas y derivadamente también prohibidas²²⁶.

2. Supuestos principales

Los supuestos principales de prueba ilícita o prohibida se darían en aquellos casos en que los medios de prueba se practicasen con violación de derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física (intervención corporal), a la libertad (retenciones o cacheos inconstitucionales; el derecho a la intimidad (inspección corporal de las partes íntimas) o en caso de la infracción del principio de proporcionalidad en cualquier derecho fundamental²²⁷. El acta de una entrada y registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley o la grabación magnetofónica de una intervención de las comunicaciones por los poderes públicos o por los particulares con vulneración del derecho a la intimidad o al honor que todos ellos constituirían manifiestos supuestos de “prueba prohibida”

²²⁶ No obstante pasados unos años y esta primera etapa de pensamientos doctrinales, desde 1998 con la Sentencia 81/98 del TC. de la conexión de antijuridicidad, estas afirmaciones opino que ya no serían válidas en su totalidad ya que antes de la presunción de inocencia se establecieron otros filtros para llegar a la presunción de inocencia, como la previa vulneración del derecho fundamento sustantivo y la del derecho a un proceso con todas las garantías

²²⁷ SSTEDH., caso Klass, de 6 de septiembre 1978, caso Malone, de 27 octubre 1983, la Comisión Europea, contra la RFA, núm. 8290/1978 y STS.4 febrero 1994- STC. 190/1992 de 16 de noviembre, 85/1994 de 14 de marzo y 49/1996 de 26 de marzo.

Otros supuestos vendrían dados por la declaración del imputado arrancada mediante torturas, coacciones o a través de medios que la ley no autoriza e inversamente, la “confesión” obtenida mediante ventajas materiales (reducción pena de los arrepentidos), que tampoco puede gozar de valor probatorio alguno para servir de base a sentencias condenatorias contra otros copartícipes en el hecho punible²²⁸.

Asimismo, constituiría un supuesto de prueba ilícita la declaración del imputado, que, con sacrificio de su derecho constitucional de defensa, es interrogado en calidad de testigo o que se somete a un interrogatorio judicial o prueba pericial – ejemplo test de alcoholemia -, sin haber sido previamente informado de sus derechos²²⁹.

C. EFECTOS DE LA PRUEBA PROHIBIDA. TEORÍA DIRECTA Y REFLEJA

Desde hace años la doctrina y la Jurisprudencia en general establecieron que la teoría o tesis directa representa la prohibición de valoración de los efectos de la diligencia o acto de prueba que ocasionó la violación del derecho fundamental, como sería el caso de una interceptación inconstitucional de las comunicaciones telefónicas. En este supuesto no podrá ser valorado el resultado de las audiciones de las cintas. En tanto que la teoría indirecta o refleja implica que la prohibición no sólo alcanza a la prueba inconstitucional directa -otro término o concepto utilizado -, sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella. Si en la audición de las cintas

²²⁸ SSTC. 309/1994, 22/1984 -- STC. 114/1984, STC. 10 de diciembre de 1983

²²⁹ SSTC. 135/1989, 186/1990, 128, 129 y 273/1993, y - SSTC. 80/1986.

obtenidas de modo inconstitucional se obtiene que tal día y hora se hará una entrega de sustancias ilícitas en un domicilio, la subsiguiente entrada y registro con sus resultados constituyen fruto de esta revelación ilícita anticonstitucional y tampoco podrá ser valorada, estaría prohibida constitucionalmente hablando²³⁰.

Una u otra teoría en su día planteaba un ambiguo problema. Se mantenía en una primera etapa que la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, no hubiesen tenido criterio fijo hasta la innovadora y “revolucionaria” Sentencia del Tribunal Constitucional num. 81/1998, incluso opino que ni después ni en la actualidad, aunque entiendo que en su día algunas sentencias del Tribunal Supremo se inclinaron por la tesis directa y otras por la refleja. Ésta resultó ser la mayoritaria, en cierta consonancia con la doctrina constitucional, si bien de breve supervivencia en la doctrina legal y científica.

Pero lo cierto es que después de existir una norma muy clara- el art. 11.1 de la LOPJ- desde 1985 hasta 1998 subsistieron criterios jurisprudenciales disidentes²³¹. Cabe apuntar que desde los años noventa y en particular durante los últimos años existe una marcada influencia por el derecho norteamericano que ha añadido varias excepciones a la teoría refleja e incluso a la prueba directa como se verá en su apartado correspondiente. Por tanto entiendo que hoy día estas disquisiciones sobre las teorías de la prueba ilícita directa o indirecta no constituyen un punto de encuentro relevante para el debate de la

²³⁰ En la actualidad entiendo que dicho estudio y análisis pueden estar superados, pues la Jurisprudencia ya no se plantea una teoría directa o refleja, sino qué clase de excepción se puede aplicar a una u otra, si bien se valora a la teoría refleja ya como obsoleta o de inusual aplicación.

²³¹ Es especial desde la STC. 114/1984 hasta la STC. 81/98 de 2 de abril, que rompe con todos los moldes doctrinales precedentes.

doctrina científica ni incluso jurisprudencial, puesto que con la creación doctrinal de la *conexión de antijuridicidad*- que en el capítulo III será objeto de amplio análisis y comentario-en 1998(STC.81/98) los nexos o enlaces entre ambas quedan bloqueados en la práctica, de modo que la prueba derivada o indirecta queda relegada y probablemente, según lo estudiado, sin contenido que merezca un debate de interés. Posteriormente la tesis directa ha comenzado también su declive.

Hoy día la preocupación y el interés por la prueba ilícita penal deben versar más por la defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal dado que las corrientes jurisprudenciales supranacionales fluyen notablemente en torno a la supresión de la tesis refleja e incluso a la directa, con el recurso del maquillaje doctrinal de las distintas excepciones a una u otra.

En mi opinión si en EE.UU. que existen antecedentes de la doctrina de la prueba ilícita desde 1914 o antes, se está llegando a cotas restrictivas y casi absurdas, habiendo constatado que en los últimos años ha sido importados nuevos conceptos de la misma doctrina anglosajona que originó en España la pionera Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984. Consideramos que esos conceptos nuevos han llegado con inspiración anglosajona, porque la doctrina de la conexión de la antijuridicidad- STC. 81/1998- ya supone un antípodo con creces de lo que pueden ser criterios más restrictivos y contradictorios, aunque su comprensión resulta realmente ser un reto.²³².

Como se verá en sus correspondientes epígrafes opinamos que tanto la prueba refleja como la directa han sido, la una casi suprimida y la otra limitada

²³² JM. ALCAIDE GONZÁLEZ. “Guía Práctica de la Prueba Penal” Jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad. Ed. Dijusa. Madrid. 2005. p.49.

o incluso “cegada”. En efecto, hoy día la teoría refleja posee varias excepciones en la aplicación de la *exclusionary rule* o prueba ilícita, todas ellas procedentes de la jurisprudencia americana, que en la práctica hacen casi inviable dicha doctrina en su aplicación forense.

El art. 11.1 LOPJ, cuando afirma que “*no surtirán efecto en proceso las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, con claridad parece que se ha decantado por la teoría refleja. No obstante la jurisprudencia no la ha consagrado plenamente ya que hubiese sido un amplio campo que pudiera acoger las restricciones que ha impuesto la jurisprudencia.

Se podría afirmar, con ciertas reservas, según los casos y épocas, que como regla general nuestros Tribunales han aplicado con más frecuencia la teoría directa aunque incluso ésta desde 1998 comienza a ser un tanto difusa y débil pues se pueden valorar pruebas ilícitas con determinadas excepciones, provocando en términos de realidad jurídica la desprotección de los derechos fundamentales. Asistimos a un panorama jurisprudencial que en determinados supuestos no aplica ni una ni otra tesis²³³.

²³³ En primer término la ya citada STC.81/1998 de 2 de abril, STC 282/1993 de 27 de septiembre, STC 238/99, de 20 de diciembre.

D. LA FASE PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA

No es posible fijar una fase concreta procesal para que los órganos judiciales se deban pronunciar, bien de oficio o a instancia de parte, respecto de la supuesta ilicitud de medios probatorios, ya que entre otros motivos, se halla en conexión con la clase de procedimiento²³⁴.

En mi opinión debiera ser el Juez o Tribunal sentenciador quien examinara la licitud de la prueba, una vez que se hallen a su disposición los escritos de acusación y defensa, examinando las pruebas propuestas, admitiéndolas o rechazándolas en función de que las estime pertinentes o impertinentes. Sería quizás un momento procesal idóneo para apreciar aquellos medios de prueba que puedan ser susceptibles de posible prueba ilícita o prohibida, dejando fuera del proceso cualquiera que según el criterio judicial estuviese obtenida de modo constitucional o ilícito.

En el proceso común u ordinario, el momento procesal idóneo sería a tenor de lo previsto en el artículo 659 LECrim, cuando se examinan las pruebas propuestas por acusaciones y defensas. Por su parte, en el procedimiento abreviado el artículo 786.2 el momento tendría lugar en el denominado turno de cuestiones previas mientras que, el art. 969 para el juicio de faltas cuando por las partes se presenten las pruebas, descartándose por el Juez las que fueren ilícitas o en este caso igualmente impertinentes, es decir no admitidas a debate.

²³⁴ M. A. MONTAÑÉS PARDO. Revista del Poder Judicial. Editores. Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/>) Madrid, 1999.

La fase del juicio oral sería el momento procesal adecuado para que el Juez o Tribunal sentenciador hiciere un pronunciamiento expreso, con ocasión de decretar o no su pertinencia, acerca de la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Pero el órgano judicial, aún dentro de la fase de juicio oral, tiene posibilidades de hacer un examen de eventuales pruebas ilícitas, que se hayan propuesto o practicado, según lo antes dicho pero en especial es el procedimiento abreviado en el que de modo expreso está prevista aquella posibilidad. Me refiero a lo dispuesto en el art. 786.2 LECrim., conforme al cual el Juez o Tribunal puede pronunciarse en el inicio del Juicio Oral, antes de la práctica de las pruebas propuestas, y en el llamado debate o audiencia preliminar acerca de la nulidad de éstas por vulneración de derechos o garantías constitucionales, y en cuyo caso el Juez o Tribunal puede resolver en el acto la cuestión planteada, si bien en la sentencia permite asimismo que la cuestión previa se pueda exponer o ampliar y motivar la decisión que sea adoptada.

Por ello y según la práctica forense este debate es el momento idóneo para plantear y resolver las cuestiones, entre otras, sobre la eventual ilicitud de pruebas por haberse obtenido directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales.

Asimismo en la sentencia que se dicte, y en cualquier clase de los procedimientos penales, se puede resolver el problema procesal de la prueba ilícita, que en este momento podría ser conceptuada como prueba prohibida de

valorar. No formaría parte del acervo probatorio al ser excluida por su nulidad radical puesto que no deben ser tenidas en cuenta las pruebas obtenidas que vulneren los derechos fundamentales. Caso de que estas pruebas ilícitas hayan servido de base para fundamentar la condena, se ha de acudir a la vía del recurso. En la práctica del foro se presentan determinados casos en que se debe plantear de nuevo en otra instancia, resolviendo o bien la Audiencia Provincial tras recurso de Apelación y otros casos, el Tribunal Supremo en recurso de casación, por la vía procesal del artículo 5.4 LOPJ., y que en la práctica se podría decir que viene siendo una especie de “recurso de amparo” al margen del Tribunal Constitucional.

Pero en realidad, consideramos que, en aras de evitar una cadena de recursos, dilatadas instancias y años de procesos, también el juez instructor en la fase de instrucción e investigación, ha de tener parte activa y decisoria en cuanto a la licitud o ilicitud de las pruebas. Sostengo que nada lo impide -, con apoyo en los arts. 11.1. y 238 de la LOPJ. pero raras veces se observa -en los procesos penales más habituales del día a día- esta buena práctica judicial, que evitaría muchos trámites en actuaciones penales. Como antes se ha dicho todo se pospone a la Sentencia. Por ello y tal y como antes sosteníamos tratando el principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez, es éste el que debiera impedir en su actividad jurisdiccional cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales y su vulneración. Estaría actuando como garante del Estado de Derecho y del principio de unidad de la Constitución en el proceso más sensible, el penal, y en consecuencia, dando protección a los derechos fundamentales, función inherente a su actividad jurisdiccional.

Se puede objetar que ello excede de su competencia objetiva y que en puridad no se trata conceptualmente de pruebas sino de medios o diligencias de investigación, y por ende no pueden ser valoradas formalmente.

Estas objeciones se estima pueden y deben ser salvadas, acudiendo a los principios y garantías constitucionales, la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en relación al deber impuesto en el art. 7 LOPJ. (1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales...*2. *En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán..*) y en casos evidentes o claros y con el criterio que le merezca al Instructor, entendemos que le corresponde pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de determinados medios de investigación sumarial. En estos casos no veo impedimento en que las diligencias de pruebas inconstitucionales sean de modo expreso y motivado apartadas del proceso, sin que en su día puedan ser tenidas en cuenta y valoradas como prueba de cargo. Si esta coyuntura llevase al archivo o sobreseimiento, sería una decisión constitucionalmente correcta.

Por tanto las garantías constitucionales también se hallan o deben hallarse presentes en la fase de instrucción en cualquier clase de proceso penal. Y en el caso que puedan dejar de ser garantías debe aplicarse las normas claras de la LOPJ. que remiten a la Constitución como norma suprema sin más dilaciones.

Y en cuanto a la posible restricción de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal, también en la fase de instrucción, ha de estar acorde

con los requisitos básicos en un Estado de Derecho, sobre todo los propios de reserva jurisdiccional, principio de proporcionalidad y la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y otras garantías de orden constitucional, que nos hacen decantar sin ninguna clase de reserva en el sentido de que si el Instructor advierte- y con remisión a todo lo anteriormente dicho al respecto- la ilicitud de algunos medios de investigación sumarial, debe pronunciarse, rechazando la práctica o anulando en caso de que dichos actos o diligencias de prueba o investigación se hayan practicado de modo anticipado.

Por tanto podemos señalar que sería absurdo que el Juez Instructor estuviese siempre obligado a ordenar o proseguir la instrucción, teniendo certeza de la ilicitud total o parcial de la misma - pues amén de otras razones obvias- puede que conculcarse el principio constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas - y tener que esperar hasta la fase siguiente del juicio oral o a la Sentencia para que el Juez o Tribunal que sentencien reparen la manifiesta violación de derechos fundamentales.

Por otro lado, esta “pasividad” del Juez Instructor habría de suponer de modo implícito un reconocimiento a la no existencia o limitación funcional de los derechos fundamentales en la fase de instrucción, afirmación que quebranta de modo frontal nuestro sistema de garantías constitucionales, amplia, extensa y nítidamente desarrolladas por el Tribunal Constitucional y cada vez más, en muchos supuestos, por la doctrina reiterada del Tribunal. La mayoría de asuntos debatidos en segunda instancia en los que en la primera se ha planteado la prueba ilícita (en especial intervenciones telefónicas registros domiciliarios inconstitucionales..) son exponente de lo antes enunciado.

En el supuesto que nos ocupa, y debidamente analizada la “prueba”, fuentes de prueba o diligencias de prueba en fase de instrucción, es viable en esta fase que si el Juez aprecia la certeza de su ilicitud según los cánones y módulos constitucionales, deba expulsar y excluir del proceso tales fuentes de prueba inconstitucionales. Si solo existe esa prueba ilegítima, se debería recurrir a la posibilidad procesal de terminar el proceso anticipadamente, es decir mediante el Auto motivado de archivo, sobreseimiento, libre o provisional.

En consecuencia, entendemos que, si se constata que determinados actos o diligencias de prueba o investigación violan derechos fundamentales y la doctrina sobre éstos del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo nos hallaríamos ante el concepto de prueba o mejor diligencias de prueba ilícitas, que no debieran acceder al proceso, y por ende ser apartadas. Si, a pesar de poseer tal carácter, el proceso siguiese su curso hasta sentencia, es posible hablar - a pesar de utilizarse de modo indistinto - de pruebas prohibidas, pues no podrían valorarse- proscripción legal y constitucional- por su ilicitud y por tanto no ser consideradas para sustentar una condena, siempre que constituyan la única/s, y no existiesen otras pruebas de cargo independientes y sin contaminar, ya que entraría en juego el principio constitucional de inocencia y otros del art. 24.2 CE., y expresamente lo establecido en el artículo 11.1. LOPJ.

Finalmente y desde un punto de vista de práctica forense, opino que todas las disquisiciones que preceden, la disparidad de momentos procesales para sanar las posibles pruebas ilícitas incorporadas al proceso, podrían quedar concentradas en una breve y sencilla audiencia preliminar o similar, en

la que antes de celebrarse el Juicio Oral, cualquiera de las partes personadas pudiera promover y solicitar una vista sencilla para debatir si permanecen o se apartan del proceso hipotéticas pruebas ilícitas derivadas de tal registro o intervención telefónica, o cualquier otra diligencia de prueba susceptible de vulnerar derechos fundamentales e impropio del proceso penal.

Y para evitar las diferencias en las distintas clases de procesos, sería suficiente la unificación en su tramitación procesal, es decir unas normas o reglas comunes para cualquier procedimiento.

En definitiva apunto y apuesto por el sistema estadounidense, que estimo sencillo y práctico, y en el que antes de celebrarse el Juicio oral-normalmente con jurado- las partes, habitualmente la defensa, pueden solicitar la denominada en EE.UU. *moción de supresión* que tiene como finalidad la de apreciar o no su *exclusionary rule* suprimiendo las pruebas que a criterio del Juez puedan vulnerar sus Enmiendas.

III. OTROS CRITERIOS DOCTRINALES DE LA PRUEBA ILÍCITA. CLASIFICACIONES Y REFERENCIAS DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA

1. Introducción doctrinal

El tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, según destacan algunos autores como MIRANDA ESTRAMPES²³⁵. El problema inicial al abordar el estudio y análisis del concepto, es que no existe unanimidad en la doctrina científica sobre qué debe

²³⁵ M. MIRANDA ESTRAMPES. *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1999. P. 17.

entenderse por prueba ilícita²³⁶.

Para un sector doctrinal la prueba ilícita es aquélla que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana²³⁷. Se nos presenta ésta como realmente transcendente e importante y se hallaría acorde con el art. 10.2 de la CE, que, como es sabido, proclama la dignidad de las personas y los derechos individuales que le sean inherentes como fundamento del orden público y de la paz social.

La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita, pues todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y por tanto inamisible.

Con un punto de vista diferente MONTÓN REDONDO considera que la prueba ilícita es aquélla que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención o lo que es lo mismo aquélla que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita²³⁸. En efecto, esta corriente doctrinal hace hincapié en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba pues es lo que determina su ilicitud y en consecuencia su ineeficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”²³⁹.

²³⁶ F.GUARIGLIA. *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal.*, en Revista Jueces para la democracia, núm. 25 ,marzo 1996, pág.

²³⁷ V. SILVA MELERO. La prueba procesal. Tomo I, Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid 1963 p .69.

²³⁸ A. MONTÓN REDONDO. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, p. 174.

²³⁹ J.M. MANRESA NAVARRO en 1887 ya estimaba que la parte no podía utilizar el documento ilegalmente adquirido, y si lo hiciere, al margen de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido, “el juez no deberá darle mérito legal en favor del que lo haya presentado con tal abuso por la regla de derecho de que los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor.” *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, Edit. Reus, Madrid 1887, p. 273.

Otro grupo de autores que parten de un único concepto de ilicitud para el orden jurídico en general, y que la identifican con la idea de violación de la norma o contrario a derecho, definen prueba ilícita como aquélla contraria a una norma de Derecho, es decir, obtenida o practicada con infracción de normas del Ordenamiento Jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, y con independencia de la categoría o naturaleza de éstas últimas: constitucionales o legales-procesales o no-, o incluso de disposiciones o principios generales²⁴⁰.

Dentro esta amplia concepción DEVIS ECHANDÍA define las pruebas ilícitas como aquéllas “*que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la Ley amparan*”²⁴¹.

Conforme a esta posición doctrinal, la ilicitud de la prueba no tiene su origen únicamente en la violación de una norma procesal sino en la violación de cualquier tipo o categoría de normas jurídicas e incluso de Principios Generales. Por otro lado, no siempre el concepto de ilicitud en el ámbito probatorio se identifica con el hecho punible. Para que una prueba sea calificada de ilícita no es necesario que la conducta encaminada a su obtención sea constitutiva de infracción penal. Se trata de elegir una concepción amplia

²⁴⁰ E. VESCOVI. *Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*. Revista de Derecho procesal Iberoamericana, 1970, núm. 2, p. 345, la ilicitud puede provenir de la violación de una regla expresa, sea cual fuere su rango(legal, constitucional o reglamentaria) y también de las normas expresas.

²⁴¹ H. DEVIS ECHANDIA. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 5^a Edic. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1981, p. 539.

de prueba ilícita²⁴².

Ante la generalidad del término “infracción del Ordenamiento Jurídico”, algunos autores tratan de introducir una serie de precisiones que sirvan para concretar el concepto genérico de prueba ilícita. Desde esta orientación se consideran pruebas ilícitas aquéllas que violan normas de rango legal y en especial de rango constitucional. En dicho sentido DENTI define las pruebas ilícitas como aquéllas que se obtuvieron mediante violación de los derechos por normas diversas, y en primer lugar, por normas constitucionales. Se considera que prueba ilícita es aquélla obtenida no sólo mediante la infracción de normas constitucionales sino también mediante la vulneración de normas con simple rango de ley²⁴³.

Desde la misma perspectiva amplia algunos autores, siguiendo la tesis mantenida en la doctrina italiana - según la cual todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa para el imputado-, sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías- Art. 24.2 C.E.²⁴⁴. El autor español LÓPEZ BORJA DE QUIROGA es seguidor

²⁴² En la doctrina italiana F. CORDERO. *Prove illecite nel processo penale*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, 1961, p. 32 y ss.

²⁴³ V. VENTI. *Científicidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*. Revista de Derecho procesal Iberoamericana, núm. 2-3, 1977, p. 437 referido a las pruebas obtenidas en violación de derechos constitucionales y aún legales garantizados.

²⁴⁴ G. CONSO. *Natura giurídica delle norme sulla prova nel processo penale*. Rivista di Diritto Procesualle, 1970, p. 1 y ss. Según este autor todas las normas que regulan la prueba en el proceso penal están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del imputado.

del criterio de la doctrina italiana²⁴⁵.

La mayoría de nuestra doctrina se decanta por el criterio de conceptuar la institución procesal de la prueba ilícita como aquélla que se limita en exclusiva a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales²⁴⁶.

En realidad opino que es la más relacionada con la *exclusionary rule* americana puesto que en definitiva ésta es una regla jurisprudencial según la cual los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos que vulneren los derechos constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales.

Del mismo modo me decanto por dicho criterio dado que tanto en la institución americana como en su homóloga de España las normas de rango ordinario e infraconstitucionales quedarían al margen del concepto de los límites a la prueba penal, siendo únicamente los derechos fundamentales de sus Enmiendas los que darían lugar a tal concepto de regla de exclusión o *exclusionary rule*.

Por otro lado si recurrimos a la doctrina jurisprudencial, siempre aparece

²⁴⁵ J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida.*, p. 83-84. Edit. Akal. Madrid. 1989. Además en esta línea de planteamiento de la doctrina italiana, vid. A. JORGE BARREIRO, *La Prueba ilícita en el Proceso Penal*, en recopilación de Ponencias y Comunicaciones . Volum. II, CGPJ .Madrid, 1993. p. 1228, que declara: .."la ilicitud puede provenir de la infracción de un derecho fundamental sustantivo o también del incumplimiento de las formas y garantías procesales establecidas por la norma constitucional, por la ley ordinaria, o por los principios que de ellas se extraen".

²⁴⁶ J.L. GONZÁLEZ MONTES." "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Procesal, 1990, núm. 1, p.31.

vinculada la prueba ilícita- aunque figure con otras denominaciones- a la conculcación de libertades y derechos de ámbito fundamental. Los preceptos de rango inferior no son tratados como prueba ilícita en sus fundamentaciones jurídicas.

Los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente en el artículo 24.2 CE, tienen que suponer una infracción del mismo nivel y en opinión de GONZÁLEZ MONTES, que añade que sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba²⁴⁷.

Existe otra orientación que parte de la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular, con atribución de efectos o consecuencias jurídico-procesales diferentes. La prueba irregular se puede definir, siguiendo a GONZALEZ MONTES como aquélla en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, es decir aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley²⁴⁸.

MIRANDA ESTRAMPES, partiendo de una concepción amplia mantiene que la prueba irregular no es una categoría distinta de la

²⁴⁷ J. L GONZÁLEZ MONTES. *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales*. Revista de Derecho Procesal, 1990. Núm. 1, p. 31., y más adelante matiza que la prueba ilícita sería aquella que se ha obtenido por medios ilegítimos , es decir, según la norma del art. 11.1. de LOPJ. vulnerando derechos fundamentales (p.36). Vid. También JM. ASENSIO MELLADO. *La Prueba. Garantías constitucionales derivadas del art. 24.2*, Revista Poder Judicial, núm. 4, diciembre de 1986, pág. 37-38. J.A. TOMÉ GARCÍA *Derecho procesal Penal* con DE LA OLIVA SANTOS, ARAGONESES MARTÍNEZ, HINOJOSA SEGOVIA Y MUERZA ESPARZA. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1993. P. 468.

²⁴⁸ J.A. MARTÍN PALLÍN. *Valor de las pruebas...cit. p. 126*

prueba ilícita sino una modalidad de ésta²⁴⁹.

PICÓ JUNOY, desde otra perspectiva, parte de la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular o ilegal, afirmando que por prueba irregular debe entenderse aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del status jurídico privilegiado de los artículo 14 al 29 de la C.E. Dentro de este concepto incluye las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal así como, los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental²⁵⁰.

El principal problema que se plantea en las pruebas irregulares es el de su admisibilidad en nuestro proceso penal según lo dispuesto en el artículo 11.1. LOPJ²⁵¹.

2. Pruebas ilícitas o constitucionales.

En el ámbito de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas el profesor SERRA DOMÍNGUEZ distingue entre: a) Aquellas pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita y b) aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita²⁵².

Cuando hace alusión a las pruebas que por sí mismas pueden

²⁴⁹ J.M. MIRANDA ESTRAMPES. Ibíd. Nota(21) p. 47

²⁵⁰ J. PICÓ JUNOY. *El derecho a la prueba*. Cit. p. 290-291.

²⁵¹ JM. MIRANDA ESTRAMPES mantiene que en todos aquellos supuestos en que la ley procesal regula la forma de practicar una determinada prueba la infracción de dicha normativa deberá producir – excepto en casos excepcionales- la inadmisibilidad e ineeficacia del medio de prueba incorrectamente practicado. Op.cit. en nota(34) p.47

²⁵² M. SERRA DOMÍNGUEZ. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XVI, dirigidos por MANUEL ALBADALEJO. Editorial de Derecho Privado. Madrid . Madrid. 1991. .cit. p.99-100

apreciarse ilícitas menciona no solo aquéllas cuya ilicitud deriva de no estar previstas en las leyes, sino también aquéllas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas, pudiendo incluso ser una conducta constitutiva de delito. Dicha prohibición es consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas con independencia de que exista o no una concreta norma procesal que prevea expresamente su inadmisión en el proceso, como sucede- sigue diciendo SERRA DOMÍNGUEZ- a título de ejemplo con el narcoanálisis(prueba analítica de consumo de drogas).

Dentro de esta última categoría de prueba en sí mismo ilícita se incluyen todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado de una forma u otras algunos de los derechos fundamentales de las personas que proclama nuestra Constitución- art. 14 al 29-

Algunos autores como ALLENZA denominan a la prueba ilícita prueba inconstitucional. Este apelativo lo compartimos si bien para abordar la institución procesal preferimos el de prueba ilícita, dado que, por un lado, entendemos que está más generalizado y que, por otro, al hacer referencia a prueba inconstitucional pudiera darse a entender que la prueba ilícita va más allá de aquéllas que únicamente infringen derechos fundamentales.²⁵³

Desde otra perspectiva diferente se viene distinguiendo según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos²⁵⁴.

²⁵³ G. ALLENZA. *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*. Revista italiana de Derecho Procesal. 1989. p 507 y 510.

²⁵⁴ JM. ASENCIO MELLADO. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Edit. Trivium. Madrid 1989. p. 78-80.

Los primeros son aquéllos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna- art. 15 CE. Derecho a la vida y derecho a la integridad física- y en cualquier caso cualquier violación deviene en constitucional. Por su parte, los relativos son los que pueden ser restringidos o limitados con los requisitos previstos en la ley- derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones-.

No obstante, ASENCO MELLADO cuando se refiere a los derechos fundamentales absolutos mantiene que éstos pueden ser en determinadas condiciones parcialmente limitados en el marco de la investigación penal²⁵⁵.

Debe añadirse que la conculcación de los derechos fundamentales puede ocurrir no sólo en la fase de obtención de la fuente de prueba sino igualmente en el momento que se incorpora y se produce en el proceso. En este caso puede ser la práctica de la prueba que no ha respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad en inmediación que impone el art. 24. 2 de la Constitución y que como es sabido se hallan en conexión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ahora bien, como consideración añadida a las precedentes clasificaciones y perspectivas de la prueba ilícita o constitucional creemos que desde una visión constitucional resulta indiscutible afirmar que atentar contra un derecho fundamental, bien sea de forma extra-procesal o dentro del marco de un proceso, debería traer como consecuencia que ese material probatorio obtenido no entrara en el proceso ni fuera valorado como prueba de cargo apta para condenar, aunque se trate de un proceso penal, administrativo,

²⁵⁵ . JM. ASENCO MELLADO. Idem., p. 78.

civil o laboral, si bien es el marco de una investigación penal el más sensible y delicado cuando se abordan derechos fundamentales.

En términos generalistas es conocido que la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, ha expresado reiteradamente que *la verdad material no puede obtenerse a cualquier precio*, según la famosa frase del Tribunal Supremo Federal Alemán, y adoptada en varias resoluciones por el Tribunal Supremo y Constitucional de nuestro país, lo que supone la acotación y restricción del derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba, pues queda limitado por los propios derechos y libertades fundamentales (art. 11.1 LOPJ).

A partir de esta premisa de no poderse obtener la verdad material a cualquier precio el Tribunal Constitucional, Doctrina y Jurisprudencia han ido elaborando una clasificación de las diferentes irregularidades que pueden dar lugar a una violación de tal entidad y, acorde con ellas, han realizado una gradación de la intensidad con la que nuestro ordenamiento debe atacarla, declarando su nulidad²⁵⁶.

No ha existido ni creemos que pueda existir unanimidad en la doctrina científica en conceptos básicos tales como la definición de lo que se entiende por prueba ilícita, irregular o prohibida, el momento en el que se entiende realizada la violación que impide que esa prueba produzca efectos, ni incluso tampoco en aspectos tan básicos como determinar si seguimos o no la doctrina

²⁵⁶ E. MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. p. 18. La autora expresa además que las violaciones de menor rango también generarán nulidad, pero sin una eficacia tan agresiva y sin alcanzar, por tanto, a esas otras pruebas derivadas de la originaria ilícita. El fundamento de ambas nulidades debe ser distinto, así como las posibilidades de subsanación de la ilicitud.

norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado o emponzoñado. Igualmente, resulta oscuro el régimen de nulidad aplicable, una vez determinado el grado de ilicitud (art. 238 LOPJ vs. art. 11.1 LOPJ). Para dar solución a estos interrogantes va a resultar imprescindible fijar la línea divisoria entre lo que constituye una vulneración contra la legalidad constitucional y la ordinaria.

A lo largo del presente trabajo trataremos de examinar si tras la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/98, de 2 de abril se rompe con el esquema y fundamento creado por el Alto Tribunal sobre la garantía de inadmisión de las pruebas ilícitas que sostiene con claridad el artículo 11.1 LOPJ .Además, a tenor de lo visto en el Capítulo I sobre la evolución sufrida por la jurisprudencia norteamericana, procuraré demostrar si el Tribunal Constitucional se confirma en su tendencia de seguir la influencia de la jurisprudencia de EEUU.

Según el análisis jurisprudencial el paso del tiempo ha venido a definir que desde dicha sentencia de 1998, el art. 11.1. de la LOPJ. ha quedado relegado a segundo plano a pesar de su expresividad normativa y con una vigencia práctica dudosa. Por otro lado, en opinión de quien escribe, es palmario que la jurisprudencia norteamericana y su “*exclusionary rule*” se ha arraigado en la doctrina jurisprudencial de los tribunales españoles en conceptos, teorías y criterios.

En opinión de EDMUNDO S. HENDLER la filosofía que inspira el principio de la institución procesal de la prueba ilícita fue evolucionando también con la Jurisprudencia. Concebida originalmente como una regla de admisibilidad de pruebas establecida en función de atribuciones reglamentarias de la Corte

Suprema, fue caracterizada posteriormente como una herramienta disuasiva de conducta policial y finalmente, como encaminada a la preservación de la integridad de los procesos judiciales²⁵⁷.

Cuando nos referimos a pruebas ilícitas supone pronunciarse sobre qué carácter quiso darle el legislador a nuestro proceso penal y qué debe prevalecer en el proceso, *si la verdad material o los derechos fundamentales de los individuos*, acorde con nuestro modelo constitucional y constitutivo de un paradigma válido para todos los procesos, con especial trascendencia en el proceso penal.

Los principios que rigen las limitaciones probatorias no constituyen un conjunto de reglas sin valor alguno, o simples formalidades que han de ser observadas procesalmente, sino que tienen como sentido, la defensa de los principios básicos y la defensa de una sociedad democrática de ahí que se presenten como límite a la búsqueda de la verdad material.

En el tema de la prueba ilícita o regla de exclusión existen dos pronunciamientos fundamentales, que significan en nuestro ordenamiento el principio e instauración de la *exclusionary rule* americana, la STC 114/1984 que alentó al Legislador a promulgar el *artículo 11.1 LOPJ*, como regla absoluta de prohibición de las mismas aunque razones de presunción de inocencia impedían la admisión y valoración de ambas, es decir, tanto las directas como las derivadas. Esta situación se prolongó hasta 1998, momento a partir del cual se consolida una nueva línea jurisprudencial que aboga por la expulsión de aquellas pruebas –derivadas o reflejas- que tienen una clara relación directa

²⁵⁷ EDMUNDO S. HENDLER. *Derecho Penal y procesal de los Estados Unidos*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires. 2006. p. 200.

con esa otra obtenida con violación de un derecho fundamental. Me refiero a la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998 del 2 de abril. En esta Sentencia se introduce la doctrina de la “conexión de la antijuridicidad”, complicada y farragosa, en su desarrollo pero en realidad es una excepción a la prueba ilícita siguiendo claramente los auspicios de la jurisprudencia de EE.UU. Por ello las cosas cambian radicalmente, pues según dicha innovadora resolución en primer término al haberse valorado prueba ilícita se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pero no determina, sin más, que pueda estimarse vulnerada la presunción de inocencia, puesto que puede haber otras independientes validas, por ello la presunción de inocencia deja de ser canon de validez de las pruebas. Pretende restringir su sentido a su única razón de ser, a saber, una regla de juicio que impone una *presunción iuris tantum* de ser considerado inocente mientras que no exista prueba de cargo suficiente para ser condenado.

Por un lado, se debe tener en consideración la presunción de inocencia como regla de juicio a la hora de confeccionar la sentencia -absolución o condena-; por otro el derecho al proceso celebrado con todas las garantías, que inadmite material probatorio que haya sido obtenido violentando derechos de rango fundamental. A partir de aquí, qué duda cabe que nos distanciamos de esa primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional y nos mostramos partidarios de entender la nueva vertiente presentada por este Tribunal a partir de la Sentencia 81/98, sin perjuicio de criticar sus numerosas deficiencias, ya avanzadas por alguna doctrina. Hay que admitir que nuestro Alto Tribunal está reordenando los derechos y garantías procesales del artículo 24 CE y ha seguido, además la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, en concreto la existente en materia de prueba y proceso equitativo o con todas las garantías.

En esta delicada ponderación de derechos fundamentales en conflicto, debe entrar en juego como elemento decisivo, el fundamento que respalda o funciona como canon de validez de las pruebas, con el fin de averiguar qué medio de prueba debe tener la consideración de lícito. En la balanza se contraponen la inviolabilidad de los derechos fundamentales sustantivos, sólo restringibles bajo determinadas garantías procesales (arts. 14-29 CE) y, por otro lado, el derecho a «un proceso con todas las garantías», es decir, a utilizar las pruebas que sean pertinentes y válidas (Art. 24.2 CE), que impone al órgano jurisdiccional expulsar del proceso (y de su mente) aquellas pruebas que se obtengan violentando este tipo de derechos. La presunción de inocencia cierra una cadena de derechos fundamentales que aseguran que nadie puede ser condenado si no existe prueba de cargo suficiente para formar el juicio de hecho de la culpabilidad de la sentencia (Art. 24.2 CE). La presencia de estas pruebas contrarias a los derechos fundamentales quiebra este equilibrio.

Debe advertirse que el aspecto que rehúsa la práctica y valoración de estas pruebas no es el cómo se puede estar practicando una prueba ante un Juez, sino cómo se obtuvo y consiguió esa fuente, bien extra-procesalmente o bien durante la fase de instrucción sumarial o muy extraordinariamente durante un juicio oral. Mientras que una incorrecta práctica atenta contra normas procesales normalmente de legalidad ordinaria, la obtención se refiere a la violación de normas de legalidad constitucional y ordinaria, pero

siempre de rango constitucional por tratarse de la limitación de un derecho fundamental.

Lo esencial de un proceso penal propio de un Estado democrático no es sólo que el conflicto lo resuelva un Juez imparcial a través del diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también el que ese Juez, al tomar su decisión, parta de la presunción de inocencia del acusado como regla de juicio. Esta regla niega, por de pronto, que el acusado llegue al juicio con un status propicio de su culpabilidad penal, que el Juez haya de concretar en función de los argumentos que resulten más abundantes o más convincentes.

Debemos partir de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación.

Siguiendo la clasificación de JELLINEK valga señalar que tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho al proceso con todas las garantías, gozan de una vertiente de *status negativo* o *status libertatis*, es decir otorgan libertad frente al Estado o derechos personales, inherentes a toda persona e inviolables y concretan los valores de libertad y dignidad humana en el Estado de Derecho. Su *status positivo* o *status civitatis* vendría dado por la atribución de facultades jurídicas o pretensiones frente al Estado o derechos civiles. Los primeros no admiten injerencia del Estado, pero los segundos se ejercen precisamente frente a él. Es decir, el derecho que ahora comentamos goza de una perspectiva subjetiva y objetiva, a saber, que su titular no sólo

tiene un derecho a que el Estado se abstenga de limitarlo, sino que ha de crear medios que garanticen este derecho. Esta doble vertiente se predica de cualquier derecho subjetivo en general y de los derechos fundamentales con carácter universal²⁵⁸.

Por su parte, BAÑO LEÓN reconoce como garantías institucionales a una suerte de variantes de los derechos fundamentales, tendentes a garantizar la legalidad y seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Por lo que se refiere al derecho al proceso con todas las garantías —como fundamento o canon interpretador de la validez de las pruebas— cabe plantearnos si se trata de un derecho fundamental o una garantía del derecho al proceso, entendido como instrumento jurídico puesto al servicio de los órganos jurisdiccionales para la aplicación del Derecho objetivo²⁵⁹.

Otra posible interpretación sería entender que el propio artículo 24.1 CE, supone que no basta una mera abstención del Estado para garantizar el derecho fundamental, sino que es necesario que se arbitren mecanismos procedimentales —el *due process* del derecho anglosajón— que afiancen la aplicación del Derecho Objetivo y ello son —en nuestra opinión— todos los derechos y garantías del artículo 24.1 y 2 CE., como reglas procesales tendentes a garantizar que no se vulneren los derechos fundamentales procesales y sustantivos.

²⁵⁸ G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la constitución*. Constitucionales. Madrid. 1991, p.7

²⁵⁹ J. M. BAÑO LEÓN. *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*. Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 8, Nº 24, 1988, p.12

3. Garantías jurídicas y Seguridad Colectiva

Entiendo que desde un punto de vista sociológico el termómetro que puede regular una nueva sociedad es un binomio de intereses contrapuestos. La libertad y la seguridad van de la mano del binomio individuo-sociedad. Estos nuevos valores pasan a un primer plano, y en nuestros días deberán tenerse en cuenta al tratar la prueba ilícita en el proceso penal.

El derecho a la inadmisión de las pruebas ilícitas es una de las garantías con las que el derecho procesal trata de proteger al ciudadano de la intervención coactiva del Estado a través del Derecho penal.

Los medios de comunicación social, demandan del Estado otro tipo de garantías ante el *aumento de la criminalidad*, se reclaman garantías de que los delincuentes van a ser juzgados con la máxima celeridad y condenados rápidamente, lo que conlleva, a juicio de esa “corriente social” más seguridad para la sociedad.

Nos encontramos en la transición o paso de un sistema estatal, donde las naciones enmarcan sus relaciones jurídicas y les dan soluciones acordes a una sociedad que responde a unos patrones dentro de unas fronteras, a una *sociedad globalizada*, donde los problemas comienzan a ser comunes a los Estados y traspasan *sus fronteras* por razones de falta de soberanía y jurisdicción. Se mantiene por MARTÍNEZ GARCÍA, afirmación que comparto plenamente como se verá en otros apartados del trabajo, que estamos hablando de la inmigración, terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico, etc. Esta situación exigirá en muchas ocasiones

acciones comunes, necesitadas de regímenes de protección procesal y penal de características similares²⁶⁰.

Hoy día algunas actividades delictivas están organizadas con infraestructuras criminales arraigadas movidos por aspectos económicos y realizados por individuos muy poderosos dentro de un contexto internacional, como el tráfico de sustancias ilícitas, armas, terrorismo, blanqueo de capitales, tráfico ilegal y sustracción de órganos y la moderna piratería como más significativos, que repercuten en las soluciones estatales y soberanas existentes hasta el momento, de modo que la estructura nacional deviene inútil y carente de eficacia.

En la época de Montesquieu cada Estado democrático presumía de tener tres poderes separados. Sin embargo, dos factores diluyen hoy esta separación. Por lo que se refiere al poder legislativo, el fenómeno de la globalización impone unas veces la desregularización y otras la unificación de normas entre Estados, vía directiva, reglamento o convenio internacional.

Determinadas materias poco a poco van a dejar de estar reguladas por el poder legislativo nacional en aras de la soberanía concedida en el ámbito supranacional. Además, se observa una clara preeminencia del poder ejecutivo, el cual puede prescindir de autorizaciones judiciales a la hora de limitar derechos e imponer sus necesidades de seguridad como *prius lógico* a las normas que emanen del Parlamento.

²⁶⁰ E. MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. p .35. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

Como ejemplo en pro del desvelo de los Estados por la seguridad se podría indicar la reforma de la LECrim operada por Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado («B.O.E.» 28 octubre) por entender que en casos determinados se merma y se recortan derechos procesales sustantivos de ámbito constitucional, en especial a la prueba.

En algunos supuestos puede darse un recorte de garantías procesales en la limitación del derecho de defensa y de poder utilizar los medios de prueba pertinentes en materia de *juicios rápidos*. En éstos el derecho de defensa puede quedar limitado y vulnerado en determinados casos, como enjuiciar en pocos días casos que llevan importantes penas de prisión, mermando garantías de pruebas, pues resulta frecuente que muchas diligencias de prueba sean denegadas indebidamente por la premura y saturación de la agenda electrónica en señalamientos o porque en determinados casos no hay tiempo suficiente para su preparación y práctica adecuada²⁶¹.

La situación planteada que viene configurada vía jurisprudencial desde 1998, no es más que un fiel reflejo del cambio de necesidades sociales, de la agenda política del poder ejecutivo y de una parte de la opinión pública.

Existe en función de lo dicho un gran vacío legal en materia de prueba ilícita. En efecto, el Tribunal Constitucional parece haber dado respuesta a esta situación acogiéndose a esa suerte de *balancing test* que supone sopesar el

²⁶¹ A título de ejemplos: testigos que no puede ser localizados en corto espacio de tiempo, pruebas periciales que se elaboran con precipitación, o no se pueden practicar.

grado de la violación del derecho fundamental, el resultado obtenido y las necesidades de tutela del derecho como freno a la actuación policial.

En resumen, en los anteriores epígrafes desatacábamos algunas opiniones doctrinales y clasificaciones sobre estos conceptos. Al respecto entendemos que desde un principio al surgir la institución procesal de *la prueba ilícita o regla de exclusión*, y mucho más con el paso de los años, la mayoría de la doctrina citada -aunque sin unanimidad- opina que al referirnos al concepto de *prueba irregular* es para expresar la prueba obtenida con violación de norma de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso; por su lado, y para centrarnos en el objeto principal de estudio de este trabajo, la ilicitud probatoria será aplicable a aquellas cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales, y en este caso estamos hablando de una prueba que es ilícita se encuentra prohibida.

4. Obtención e incorporación de pruebas

La limitación de un derecho fundamental así como la introducción de su resultado en un proceso exigen el respeto de requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria. La ilicitud probatoria y, por tanto, el alcance del artículo 11.1 LOPJ sólo se predica de la transgresión de los primeros, pero generando un efecto anulatorio más radical, a través de lo que denominamos la doctrina del árbol envenenado. A la luz de estos trascendentales efectos se entiende la importancia de determinar qué es constitucional o de mera legalidad en cada acto de investigación.

Mientras que los defectos mostrados en la obtención de pruebas, normalmente afectan a la legalidad constitucional y conllevan la imposible admisión de pruebas directa o indirectamente obtenidas violentando derechos fundamentales, los defectos en la incorporación al sumario sólo afectan a legalidad ordinaria y por ello permiten subsanar la irregularidad y admitir como prueba tanto la directa irregular a través de «otros medios», como la derivada de ésta por no alcanzarle la ilicitud, al movernos en el ámbito del artículo 238 LOPJ²⁶²

Debe ponerse de manifiesto que el legislador en 1985 circunscribió el artículo 11.1.LOPJ. a los “derechos y libertades fundamentales”, si bien posteriormente en ocasiones ha utilizado cánones distintos, aunque una interpretación conjunta de todos ellos vuelve a conducirnos, ante la absoluta imposibilidad de su conjugación sistemática, al punto de partida, es decir al art. 11.1.LOPJ.

Siguiendo a DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES se abren dos posibilidades: La primera consistiría en considerar que tanto la ampliación del parámetro de la fundamentalidad como su no ampliación son dos opciones constitucionalmente posibles, sobre la base, para el caso de ceñirnos a dicho indicador, de que tratándose derechos no considerados fundamentales por la propia Constitución no necesariamente hay que suponer que prevalecerán éstos sobre la verdad material, porque también es éste un bien jurídico de relevancia constitucional e inherente al valor justicia. El legislador del Art. 11.1.LOPJ habría optado por esta solución, circunscribiendo y acotando el

²⁶² SSTC 121/1998, de 15 de junio y 171/99, de 27 de septiembre.

ámbito de la garantía exclusivamente a las pruebas obtenidas violentando “derechos o libertades fundamentales”. La segunda posibilidad, se decanta por la alternativa de que más que una ampliación de la fundamentalidad viene dada por imperativos constitucionales y que le legislador del artículo 11.1., en su intención de excluir las infracciones de mera legalidad, equivocó el parámetro. Se trataría entonces, de proyectar la cobertura de la garantía a las pruebas obtenidas sin existir propiamente una vulneración de derecho fundamental, pero colisionando con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos²⁶³.

En conclusión, un derecho fundamental se podrá violar mediante la quiebra de aspectos de legalidad ordinaria y de *legalidad constitucional*, pero sólo esta última conlleva la prohibición probatoria aludida y producirá consecuencias sobre lo obtenido derivadamente. El quebrantamiento de la legalidad ordinaria recibirá un tratamiento de *simple prueba irregular*²⁶⁴.

Que una prueba ilícitamente obtenida o aquellas fuentes lícitas pero derivadas de esa, no deban entrar en el proceso no obedece, según se verá, a la existencia del artículo 11.1 LOPJ (que, por su lado sólo les priva de eficacia),

²⁶³ DÍAZ CABIALE JA, y MARTÍN MORALES, R. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Edit. Civitas. Madrid 2001 p. 65-67

²⁶⁴ En contra PASTOR BORGUÑON B, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, Justicia 1986, núm. 2, págs. 356 y ss. Interpreta el sentido del artículo 11.1 LOPJ sobre la obtención de pruebas indirectamente obtenidas con vulneraciones como aquellas que se dan en la admisión y práctica de la prueba y, sólo directamente, en el momento de recogida de las fuentes.

Tal afirmación de PASTOR BORGUÑON nos hace pensar que la autora entiende que el citado artículo es una garantía del proceso. De esta forma se afirma que el art. 11.1 LOPJ «priva de efectos a las pruebas obtenidas violentando los derechos fundamentales directa o indirectamente, pero parece claro que los actos de investigación, realizados conforme a la Ley, aunque motivados por informaciones conseguidas como consecuencia de una conducta constitucional, no suponen vulneración indirecta de un derecho o libertad fundamental, ya que no implican una restricción al mismo a través de otros actos interpuestos».

Sin embargo, la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según se verá, confirma un cambio y reubica el sentido del art. 11.1 LOPJ, no tanto como una garantía del proceso justo sino de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y de la presunción de inocencia.

sino a la propia esencia o diseño del modelo constitucional de proceso, que no permite una limitación arbitraria de los derechos fundamentales. El artículo 11.1 LOPJ funciona como garantía primaria del proceso justo, conforme a las categorías aludidas con anterioridad.

Por otro lado, cabe expresar que pese al silencio legal, la vinculación entre la vulneración de derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho es evidente en el Derecho español: la sentencia que estima el amparo ante el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad del acto impugnado (artículo 55 de la Ley Orgánica 1/1979, del Tribunal Constitucional); en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se establece también la nulidad de pleno Derecho como efecto de los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62). En la concreta materia probatoria, la conocida -y coprotagonista en el trabajo presente- sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento.

5. Derechos que pueden ser vulnerados

Cuando decimos que los actos de investigación policial y judicial pueden violar derechos y libertades fundamentales significa que, aunque todos los derechos fundamentales materiales pueden ser objeto de una lesión en una investigación, los habitualmente susceptibles de ilicitud probatoria serán el del artículo 15 CE (integridad física), 17 CE (libertad personal), 18 CE

(intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa en relación al uso de la informática). Pero no son los únicos.

También son susceptibles de violación durante la obtención de fuentes de prueba en una investigación los derechos fundamentales *de naturaleza procesal*, aunque el artículo 24 CE reduce las posibilidades de ilicitud probatoria.

Según DÍAZ CABIALE concluye que esto sólo ocurre: cuando se afecta al derecho a ser informado sobre la acusación; a la defensa del letrado; a no declarar contra uno mismo; a no confesarse culpable; a no declarar por razones de parentesco o secreto profesional .En los demás casos, siguiendo al mismo autor, se pueden violar los derechos de *contenido procesal* del artículo 24 CE sobre el derecho al proceso con todas las garantías, pero no entrará en funcionamiento esa garantía procesal del artículo 11.1 LOPJ, porque se tratará de violaciones de derechos procesales en la incorporación de las fuentes al proceso, *no en su obtención*²⁶⁵.

MARTÍNEZ GARCÍA y otros sectores de la doctrina coinciden con DÍAZ CABIALE en la posibilidad de encontrar supuestos subsumibles en el artículo 11.1 LOPJ, sin que se trate ni de un derecho fundamental ni una libertad de tal índole ya que existen otras muchas garantías de rango constitucional que exigen una reflexión al respecto como por ejemplo, la prueba documental que es propiedad de un sujeto (Art. 33 CE), obtenida por la policía mediante el pago de droga, supondría una violación del derecho a la

²⁶⁵ J.A. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del CGPJ, 1992.pág. 26

protección de la salud (Art. 43 CE), pero no un atentado contra la integridad física (Art. 15 CE). Supone un problema, por tanto, restringir el tenor del artículo 11.1 LOPJ únicamente a derechos y libertades fundamentales *strictu sensu*. Sólo la práctica irá proyectando aquellos supuestos cuyo grado de quebrantamiento a la Constitución exigirían un replanteamiento de la cuestión²⁶⁶.

Cabe la posibilidad que extra-procesalmente se produzca la violación de un derecho de este rango por la policía, un agente encubierto y el Ministerio Fiscal teniendo en cuenta que en la actividad investigadora rigen los principios de exclusividad jurisdiccional y de intervención indiciaria.

Por otro lado, también se dan casos en los que el ilícito se da intra-procesalmente bajo la tutela del Juez, tanto en la fase de instrucción mediante, por ejemplo, un interrogatorio sin la debida información de cuáles son LOS (sus) derechos como imputado, como más raramente en la vista, al proceder al interrogatorio del testigo unido por parentesco al imputado al que no se le indica que no tiene obligación de declarar por citar algunos ejemplos.

Los demás casos, fuera del momento de la obtención, darán lugar a simples irregularidades procesales en la prueba tanto en su proposición, admisión como en su práctica, que no quedan bajo la cobertura del artículo 11.1 LOPJ, lo que implica que esos mismos hechos pueden ser traídos al proceso mediante otros medios de prueba regularmente practicados²⁶⁷.

²⁶⁶ E. MARTÍNEZ GARCÍA. op. cit. p. 11

²⁶⁷ Confirma esta postura la STC 64/86, de 21 de mayo cuando afirma que el art. 11.1 no alcanza a las violaciones «que se produzcan en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues (...) los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión» y, por tanto, al ámbito del art. 238 LOPJ. Éste se restringe, pues, a los defectos que se pueden dar en la

IV. EXAMEN DE LA NORMA LEGAL EXPRESA. EL ART. 11.1 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. DIVERSOS CRITERIOS DOCTRINALES.

Abordamos en este epígrafe aspectos evolutivos e históricos desde 1985. En lo relativo a una perspectiva general, este precepto (art. 11.1 LOPJ) supuso en su día la consagración definitiva en el ordenamiento jurídico español de la “teoría de la prueba prohibida”, o como parece que se ha denominado más tarde, la “prueba ilícita”. Y ello al sancionar de forma expresa que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Siguiendo a ASENCIO MELLADO de este precepto cabe extraer cuatro conceptos diferentes pero íntimamente relacionados cuyo análisis deviene esencial para la comprensión del ámbito de operatividad de la norma. Y éstos son: obtención; prueba; no producción de efecto; y, directa o indirectamente²⁶⁸.

El estudio y examen de dichos conceptos, en todo caso, parte de la necesaria infracción de un derecho o libertad fundamental.

1. Obtención

Cabe manifestar en referencia al aspecto obtención, que el Tribunal Constitucional ha matizado, en su Sentencia 64/86, de 21 de mayo, que “*prueba prohibida es aquélla que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, esto es, que la idea de prueba prohibida está íntimamente*

incorporación de la fuente a un proceso en el que provocase indefensión (STC 221/1997, FJ 11º). La prueba obtenida mediante un acto de investigación concreto en el que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de audiencia, asistencia y defensa, pero sin atentar contra un derecho fundamental, pasa a ser ineficaz; sin embargo, no va más allá, simplemente lo invalida por producirse con indefensión

²⁶⁸ J.M. ASENCIO MELLADO. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Edit. Trívium. Madrid, 1989. p. 80

referida al momento crucial de la obtención de la prueba siendo, por el contrario, reconducibles a la interdicción de la indefensión las lesiones que se originen en las situaciones de admisión y práctica de las pruebas". Subyace aquí, en especial la infracción del derecho de defensa como elemento que viene a indagar en la inclusión de los supuestos vulneradores de derechos fundamentales en una u otra categoría.

En línea con esta teoría sostenida por el Tribunal Constitucional, PASTOR BORGOÑÓN mantiene que son dos los grupos admisibles de prohibiciones probatorias: el primero al que denomina "restricciones relativas a la investigación de los hechos" que ciñe a la labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba; el segundo, que califica como "restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes al proceso", y que circunscribe a la admisión y práctica de los medios de prueba. Esta autora, basándose en la doctrina reseñada del Tribunal Constitucional nos dice que la teoría de la prueba prohibida es sólo aplicable a la primera categoría, no a la segunda que reconduce al concepto interdicción de la indefensión²⁶⁹.

Dicha interpretación no parece lo amplia que debiera ser, pues limitar la prueba prohibida a la sola labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba implica la protección exclusiva de las "prohibiciones de persecución", en términos de PETERS²⁷⁰.

²⁶⁹ B. PASTOR BORGOÑÓN, interpreta el sentido del artículo 11.1 LOPJ sobre la obtención de pruebas indirectamente obtenidas con vulneraciones como aquellas que se dan en la admisión y práctica de la prueba y, sólo directamente, en el momento de recogida de las fuentes. *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas* Justicia 1986, núm. 2.

²⁷⁰ PETERS, K. *Strafprozebrecht*. Heidelberg. 1985. Pág. 296 - 298

Al referirnos a prueba hay que hablar de actividad en sentido amplio. No sólo parece que haya que incluir en este término la noción “fuente” sino toda actuación que se realice sobre tal fuente y el propio resultado de dicha labor.

Partiendo del concepto “fuente”, parece que el Art. 11.1. LOPJ está refiriéndose a una interpretación más amplia que en ocasiones, será casi similar a la práctica del medio probatorio, por lo que excede la prueba prohibida a la mera obtención. Este precepto, no se limita a la sola tarea de búsqueda e investigación de fuentes sino que se utiliza la expresión “obtención” en un sentido más amplio, es decir, como toda labor tendente a llevar o introducir un resultado probatorio al proceso²⁷¹.

En resumen, y como señala ASENIO MELLADO, por obtención de prueba se podría entender:

- Actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba.
- Labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, y cuya actuación implica tanto la aplicación a la fuente de un método ilícito, como la extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial.

Habrá que exigir siempre, una actividad directa, no una relación mediata entre la violación del derecho y el resultado. Si tal relación no existe, es decir, si el resultado, aun habiéndose vulnerado un derecho no es consecuencia de tal

²⁷¹ JM. ASENIO MELLADO, op. cit. en nota 49. Pág. 82

vulneración - salvo el efecto reflejo que después se dirá - no estaremos en presencia de una prueba prohibida sino ante un evento diferente ²⁷².

2. Clasificación

En cuanto a una clasificación posible de la prueba prohibida se podrían sostener entre otros, los siguientes aspectos, en opinión de ASENCIO MELLADO²⁷³. Se sigue en parte a este autor por estimar que su obra pudo ser pionera e importante en su día.

Respecto de la labor de búsqueda e investigación de fuentes de prueba se podrían distinguir dos situaciones: por un lado, la relativa a hechos no susceptibles de investigación entre los que habría que discriminar aquellos cubiertos por el secreto personal - diarios íntimos, creencias religiosas.. - y otros que ampara el secreto profesional; por otro lado, los casos en que la investigación del hecho es posible con los mecanismos y respeto a los presupuestos que la ley establece. Y aquí diferenciar dos grupos:

Por un lado, la obtención de pruebas vulnerando derechos o garantías constitucionales por la vía de hecho - inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad. Y en segundo término, la utilización de medios probatorios no autorizados por la ley en cualquier caso, como la deposición de un testigo familiar del imputado sin previa información de su derecho a rechazar su declaración²⁷⁴.

²⁷² JM. ASENCIO MELLADO. O. cit. p. 83

²⁷³ JM. ASENCIO MELLADO. Op. cit. p. 83 .

²⁷⁴ JM. ASENCIO MELLADO. Op. cit. p. 83 .

En cuanto a la aplicación de métodos ilícitos a las fuentes de prueba con infracción del art. 15 de la CE. se podrían incluir los medios prohibidos por la CE. que tiendan a obtener una declaración en situación de ausencia de libertad²⁷⁵.

El objeto de una declaración, en privación de libertad, básicamente, es proteger el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable que implica la posibilidad de guardar silencio e, incluso de “mentir”.

Si esta declaración inconstitucional se aprecia como presunción de culpabilidad, está prohibida en tanto que implica reducir el derecho fundamental a una simple declaración formal sin efectividad alguna.

Por su parte, la infracción del derecho de defensa en la obtención de la prueba adquiere una significación esencial. Aquí situaríamos aquellos supuestos en que se le toma declaración a una persona imputada de delito en calidad de testigo, la no comunicación de la imputación, o celebrar tales actos sin la previa información de los derechos que le asisten. En estos supuestos y otros similares, lo que se produce de forma directa es una violación del derecho de defensa en su aspecto material o de autodefensa frente aquellos otros en que se infringe la defensa formal, más fácilmente incardinada en la protección del derecho a la presunción de inocencia ya que, por lo general, se originan en el momento de la práctica de la prueba²⁷⁶.

Por tanto, en este punto puede estar la diferencia - continuando con lo que opina ASENCIO MELLADO- al decir que consideramos más relevante

²⁷⁵ JM. ASENCIO MELLADO. Op. cit. p. 83 .

²⁷⁶ JM. ASENCIO MELLADO. Op. cit. nota p. 83 .

entre prueba prohibida en sentido estricto y la que hemos denominado prueba prohibida en sentido lato, ésta última implica la práctica de una prueba sin respeto a las garantías constitucionales, defensa formal, o principios que inspiran el proceso; la infracción del derecho fundamental sólo opera en el momento de la práctica pero no es constatable relación directa alguna entre el resultado de la prueba y vulneración del derecho fundamental, esto es, la declaración del imputado verbigracia, no es consecuencia directa de la falta de abogado. Aquí la prueba no sería utilizable pero no tanto por razones de irreprochabilidad en lo referente a su espontaneidad y libertad, sino por falta de garantías²⁷⁷.

Por el contrario, en la prueba prohibida esa relación es directa. La declaración del imputado se verifica y en calidad de testigo precisamente por no ser consciente de su real situación, sus derechos y posibilidades. La obligación de decir la verdad del testigo y la conminación con una pena por falso testimonio son elementos que directamente influyen en la propia declaración, con exclusión de los medios de autodefensa.

3. Criterios de la expresión de “no surtirán efecto”

La expresión “no surtirán efecto” vendría dada como la consecuencia esencial que produce la obtención de una prueba en los supuestos previstos en el art.11.1 de la LOPJ. Viene a ser su inutilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea; se trata de no tomarla en consideración con vistas a la resolución definitiva o bien de no entrar ni tan

²⁷⁷ JM. ASENCIO MELLADO. Op. cit. nota p. 84

siquiera en su valoración si se constata su carácter en un momento anterior al de dictar sentencia.

Por tanto son posibles dos situaciones diferentes según el trámite en que se verifique el hecho de asignar la naturaleza de prohibida a la prueba propuesta o ya practicada: por una parte, se podrá descubrir dicha naturaleza constante aún el proceso, bien antes de su práctica o bien con posterioridad a ésta pero con anterioridad a la sentencia; por otra parte, la asignación del carácter de prohibido a la prueba se haría en vía de recurso por el órgano competente al efecto, el cual habría de revocar la sentencia.

La primera de las situaciones referidas, debe comportar la no admisión o, en su defecto, la no valoración de la prueba ya practicada. Tales conductas podrán, perfectamente, ser ejercitadas de oficio por el Juez o Tribunal sentenciador o a instancia de parte. Es en este segundo punto donde puede surgir algún problema en orden a determinar quién ha de ser sujeto habilitado para solicitar del órgano jurisdiccional la adopción de una postura tendente a la inadmisión de una prueba prohibida²⁷⁸.

Según VESCOVI es susceptible de encajarse en cualquier tipo de proceso, sea civil, penal o de otro tipo, y que no ha de exigirse una especial legitimación a quien invoque la inutilidad, es decir que no ha de requerirse que peticionario haya sido objeto en sí mismo de la lesión del derecho fundamental presuntamente vulnerado²⁷⁹.

²⁷⁸ JM. ASENSIO MELLADO. Op. cit. p. 84

²⁷⁹ E. VESCOVI. *Premisas para la consideración del tema de la Prueba ilícita. Rev. Derecho procesal*. 1970, p. 366-367.

No cabe duda de que uno de los aspectos más relevantes de la prueba prohibida es la repercusión incontrolada en terceras personas ajenas al proceso. Por ejemplo, una interceptación telefónica comporta también la audición del otro comunicante no investigado; una declaración obtenida por hipnosis puede llevar a la narración de temas que forman parte de la vida íntima de un tercero, etc.

En los supuestos en que un tercero hubiera sido objeto de lesión en sus derechos fundamentales sin ser parte en el proceso, habría que concederle la posibilidad de actuar en dicho proceso en atención a su innegable interés legítimo en proteger la eficacia de derechos esenciales propios y a la necesidad de evitarse un probable perjuicio de cualquier signo²⁸⁰.

Esta opinión parece ciertamente discutible, pues entiendo que el tercero carecería de legitimación para invocar la presunta conculcación de sus derechos fundamentales y al no estar personado en la causa procesalmente sería inviable. Ahora bien, si el Juez entiende que pudieran irrogarle perjuicios relevantes y evidentes, debiera darle vista de lo actuado para que se manifestase al respecto. Otra posibilidad sería que compareciese en forma, debidamente enterado el tercero y tomado conocimiento de que puede sufrir consecuencias reales desfavorables por haberse vulnerado sus derechos fundamentales. En este caso creo que podría formular alegaciones al respecto. No obstante para que estas posibilidades procesales fuesen dables, entiendo que la entidad de la vulneración debiera ser notaria y que su persona trasluciese al mundo exterior de la causa- vgr. que apareciese su nombre y

²⁸⁰ E. VESCOVI. Op. cit , p. 366-367.

circunstancias en los medios de comunicación, en este caso su derecho a la intimidad estaría siendo vulnerado .

Por ello entiendo que éstas pudieran ser las posibles e hipotéticas vías adecuadas para evitar situaciones concretas, en ocasiones de extrema gravedad, de aquellas personas que sin ser investigadas, y por ende, sin los derechos del status de imputado, sufren injerencias inadmisibles en sus particulares derechos.

En aquellos casos de practicada la prueba , y a la hora de “apartar” dicha prueba para fundamentar el fallo, es muy fácil que no se pueda borrar del inconsciente del Juez, por ello, a fin de asegurar la total ineficacia de esos resultados prohibidos, sería muy conveniente relevar al Juez que conoce el asunto²⁸¹.

La otra situación vendría formulada por la constatación de la ilicitud de la prueba en vía de recurso, esto, es, por el hecho de haber sido erigida dicha prueba en fundamento de una sentencia que, en consecuencia, habría de ser revocada. La vía sería invocar, en palabras del TC – Sentencia 114/1984 - , el art.24.2 de la CE en lo relativo a la no consideración de estos medios de prueba como “pertinentes” en atención al art. 5 de la LOPJ. y por el trámite sancionado para el recurso de casación en los casos del art. 849.2 LECrim.

En resumen, se dice que la inutilidad, regularmente, ha de ponerse en relación con los límites del derecho. Así, si el derecho fundamental no era restringible o lo era por ciertos cauces no respetados, la prueba obtenida

²⁸¹ VESCOVI. Op. cit. .p. 366-367.

habría de olvidarse y relegarse; si, por el contrario, el derecho era subordinable a otros fines y así se hizo con respeto a las exigencias legales, el resultado probatorio podría ser tenido en consideración.

Finalmente, no cabe subsanación de dichas pruebas por instrumentos ajenos y extraños, requisito éste que nos lleva a plantearnos el último de los conceptos sancionados por el art. 11.1. de la LOPJ.

4. El enunciado directa o indirectamente.

Al analizar la expresión directa o indirectamente nos hallamos ante el dilema de que ambos términos puedan suponer una manifiesta controversia.

Esta complicación de posibles y múltiples opiniones, se vería agravada por la ausencia de tradición al respecto en nuestro ordenamiento jurídico y las lagunas y criterios dispares que se van produciendo con el paso el tiempo. Desde los años noventa estamos asistiendo ante una diluida y muy limitada prueba refleja o indirecta²⁸² .

El tema se presenta complejo, siendo la Jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo quienes debieran aportar los elementos clarificadores, por lo menos de modo parcial, en orden a sentar criterios de interpretación sólidos y unificados, para evitar el debate y la confusión de los distintos operadores jurídicos.

²⁸² JM. ALCAIDE GONZÁLEZ. *Guía Práctica de la Prueba en el Proceso Penal*. Edit. Práctica de Derecho. SEDAVI(Valencia). 1999 p. 50. El criterio aquí expresado cabe recordar que se refiere al planteamiento de la evolución cronológica desde 1985 a que hacemos mención en el presente epígrafe. Es evidente en función del criterio que se mantiene, que en la actualidad la prueba refleja se halla censurada jurisprudencialmente, creo que en puridad en raras ocasiones podría ser apreciada.

Cuando hacemos referencia a la mención de la prueba obtenida "directa o indirectamente", su tenor legal extiende, en consecuencia, la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita (por ejemplo, la obtención de los bienes sustraídos en un registro domiciliario que no respetó las garantías constitucionales), sino también para las pruebas practicadas en principio por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales (por ejemplo, la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal).

En los años noventa estábamos en presencia de la introducción en el Derecho español de la doctrina del fruto del árbol envenenado o *teoría del efecto reflejo de las pruebas ilícitas*. (*fruit of the poisoned tree doctrine*) del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja. Sin embargo, los efectos de la ilicitud no son los mismos, según se trate de prueba directa o de prueba refleja, por lo que la doctrina constitucional ha introducido ciertas matizaciones al efecto general de ineeficacia de las pruebas obtenidas indirectamente por medios ilícitos.

Opino que la doctrina americana se ha filtrando y ha acogido en nuestro ordenamiento jurídico con cierta solidez y consistencia²⁸³.

Un gran número de autores sostienen, como ASENCIO MELLADO, que con el término "directamente" se está significando las pruebas logradas infringiendo un derecho fundamental, y con el "indirectamente" todo elemento probatorio que se derive de aquélla como dice este autor que se refiere

²⁸³ JM. ALCAIDE GONZÁLEZ. Op. cit. p. 50

precisamente al efecto reflejo de las pruebas obtenidas ilícitamente, estando su acogida en el fundamento de evitar la reducción del precepto a la nada en tanto que, de no ser así, la sanción de los derechos fundamentales lo sería únicamente formal, no real o material²⁸⁴.

En un Estado de Derecho las autoridades encargadas de la represión delictiva están obligadas, en su conjunto, a respetar los procedimientos legalmente establecidos y a moverse en su actuación con el máximo respeto a los derechos y garantías que la Constitución proclama²⁸⁵.

JOAN PICO señala que el legislador mediante la expresión “directa o indirectamente” referida en el art. 11.1. LOPJ., pretendió recoger, de manera poco afortunada, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984 de 29 de Noviembre, destacando la ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental, así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se da entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales - en concreto los referidos al proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes²⁸⁶.

Expresa el autor mencionado que en consecuencia, en dicha norma no tiene lugar la recepción legal de la doctrina norteamericana de los “frutos del árbol envenenado”. Lo contrario supone mantener la vigencia absolutamente

²⁸⁴ JM. ASENSIO MELLADO. Op. cit. p. 89.

²⁸⁵ Tras estudio de varios años y contraste con la Jurisprudencia posterior he optado por el criterio mayoritario de JM. ASENSIO MELLADO, dado que de lo que conozco, considero que es el que más se aproxima a la teoría refleja de la prueba ilícita.

²⁸⁶ J. PICO JUNOY. “El artículo 11.1. LOPJ” en Revista la Ley núm. 4213 de 22 de Enero de 1997. p. 8 y s.

ilimitada de dicha doctrina, lo que en algunas ocasiones conduce a postulados excesivamente inflexibles, limitando la vigencia del derecho fundamental a la prueba del art.24.2 CE, que ha de ser interpretado siempre de manera amplia.

V. PRUEBA CONTAMINADA Y PRUEBA DESCONECTADA.

En opinión de GONZÁLEZ- CUELLAR “*la salvaguarda de los derechos del individuo es, al mismo tiempo, tanto interés del particular como del la comunidad constituida en Estado de Derecho (art. 1 CE)*”²⁸⁷. Es por ello que, siempre según GONZÁLEZ-CUELLAR acontece que las posturas absolutas y maximalistas en este tema se han ido decantando hacia posiciones más matizadas y más casuísticas tratando de hallar un equilibrio entre la disyuntiva dicha. Constituyen las dos caras o vertientes de una misma cuestión: el derecho y ejercicio de la tutela judicial efectiva dentro de un Estado de Derecho.

En expresión de PAULI COLLADO no pueden cerrarse los ojos ante los resultados de una prueba ilegal y devolverlo todo a su estado anterior. No puede decirse que por haberse obtenido una prueba referida al envenenamiento de las aguas, el Juez no deba comunicarlo inmediatamente a la Sociedad de aguas²⁸⁸. Por ello, deben distinguirse medidas tendentes a evitar lo que pueda ser una consecuencia grave y la eficacia como medio probatorio en el proceso. Se aboga por una carencia total y absoluta de efectos

²⁸⁷ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Edit. Colex. Madrid. 1990 p. 245-246

²⁸⁸ F.J. PAULI COLLADO. *La Prueba ilegalmente obtenida*. CDJ. Vol.II. Madrid. 1993. Plan Provincial de Girona.

de la prueba ilícita, no pudiendo derivarse ningún efecto en contra la persona, pero sí es absolutamente correcto evitar las consecuencias graves que puedan derivar de no detener el curso de los acontecimientos ya conocidos.:

Debe decirse, en dicho sentido que, además de la responsabilidad, civil, penal o administrativa que puede seguirse de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental, las soluciones a qué hacer con una prueba ilícita pasan desde la recusación del Juez para que siga conociendo del proceso otro hasta el simple ejercicio de los recursos que procedan, incluido el de amparo, para evitar la incorporación al proceso de una prueba obtenida con vulneración de derechos o libertades fundamentales, según opina PASTOR BORGOÑÓN²⁸⁹. No obstante, lo más importante dentro del campo procesal al tratar de la prueba ilícita, es la llamada “contaminación” del resto de material probatorio por la prueba o pruebas obtenidas ilícitamente. La citada autora además señala, que para considerar “contaminada” la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información que se haya obtenido con vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto sea único y exclusivamente consecuencia del primero, es decir que ser ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida “cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos”²⁹⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995, se refiere a “la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria sobre la base del efecto

²⁸⁹ PASTOR BORGUÑÓN, Blanca. La Prueba ilegalmente obtenida. Restricciones Derechos Fundamentales de la persona. Proceso Penal. CGPJ. 1993. Pág. 339.

²⁹⁰ PASTOR BORGOÑÓN, Blanca. Op.cit. p. 339.

reflejo establecido en el art. 11.1. de la LOPJ. por aplicación de la llamada doctrina del fruto podrido o manchado, o genéricamente, la doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, creando precedentes jurisprudenciales²⁹¹.

Afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norteamericana en los casos del “hallazgo inevitable”(SSTS. 298/1994 de 18 de febrero y la antes citada 2054/1994 de 26 de noviembre, como señala De URBANO CASTRILLO en remisión a la Jurisprudencia²⁹².

Indica el autor citado que la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina a las demás y restantes pruebas conduce a la absolución en aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, al no existir una prueba de cargo en que poder fundar el pronunciamiento condenatorio²⁹³. Y, si no produce tal efecto, la consecuencia es determinar si la prueba no afectada y tomada en cuenta por el Juzgador de instancia puede estimarse apta y suficiente para enervar dicha presunción de inocencia. En el caso examinado, la citada STS. 2054/1994 de 26 de noviembre el Tribunal Supremo, con evocación de la doctrina del Tribunal Constitucional, estima no contaminada la prueba indiciaria en que el Tribunal *a quo* basó su sentencia condenatoria al considerar que los indicios o hechos - base no dependían

²⁹¹ Esta doctrina se ha expuesto en otras Sentencias, entre otras, STS. 210/1992 de 7 de febrero, 2783/1993 de 13 de diciembre, 311/1994 de 19 de febrero y 2054/1994 de 26 de noviembre.

²⁹² De Urbano Castrillo, Eduardo. *La Prueba en el Proceso Penal II*. CGPJ. Madrid. Pág.240

²⁹³ De Urbano Castrillo, Eduardo. Op. cit. p. 240

causalmente de las líneas policiales de investigación, al producirse o derivarse de documentos públicos, registrales y bancarios ²⁹⁴.

En los años siguientes se produjo una gran actividad jurisprudencial, cambiante y no siempre unificada e igualmente encontramos doctrina sobre la teoría del “hallazgo inevitable” en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1998. Hace referencia a una diligencia de entrada y registro domiciliario, en la que no existió resolución judicial ni la autorización del morador, y en este supuesto se aplica la doctrina del fruto de árbol prohibido.

La Jurisprudencia española va tomando buena nota y avanza partiendo de la doctrina y Jurisprudencia Norteamericana. A partir de 1992 nos hallamos ante un elevado grado de desarrollo de la negación de la prueba refleja, acudiendo el Tribunal Supremo a su cuerpo de doctrina que nos sitúa en una especie “doctrina negativa o regresiva” de *los frutos del árbol envenenado*, ya que así le llama pero refiriéndose a la excepciones ya severas en la época, en este caso la *doctrina del hallazgo inevitable*, como más abajo veremos, tal y como lo expresa el Tribunal de Casación español. Nos reitera que no existe contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. No hay conexión causal entre la inconstitucional diligencia de entrada y registro y una supuesta invalidez de la confesión en sede judicial del acusado, que no es consecuencia del registro incorrectamente llevado a efecto,

²⁹⁴ Asimismo, la doctrina de la SSTS. de 9 de abril de 1992, 20 de mayo y 24 de octubre de 1994. En ésta última se destaca que “el efecto indirecto no es predictable cuando sea posible establecer una desconexión causal entre las pruebas ilegítimamente obtenidas y las demás obrantes en la causa” ya que no se vician las restantes pruebas si es posible la desconexión causal entre la ilegítimamente obtenida y las otras.

sino del reportaje fotográfico resultante de la filmación en video de la cámara de la entidad bancaria, por ejemplo se produce un registro inconstitucional y posteriormente una confesión del acusado en sede judicial, que se pretende invalidar aunque carece de conexión con el expresado registro. Existe una prueba independiente del acusado cuando presuntamente perpetró el atraco al banco, la filmación videográfica e identificación derivada de ésta al igual que la declaración judicial.

En su FD. 2, indica el Tribunal Supremo... “*Por ello al no poder estimarse la existencia de consentimiento del titular del espacio destinado a la intimidad del acusado el motivo debería en principio ser estimado. Pero ello no determina la inexistencia de prueba de signo incriminatorio o de cargo. La jurisprudencia de esta Sala ha consagrado la doctrina de los efectos indirectos de la vulneración de un derecho fundamental que establece el artículo 11.1 de la Constitución que es aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (The tainted fruit) o, genéricamente, doctrina de los frutos del árbol envenenado (The fruit of the poisonous tree doctrine), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina²⁹⁵ , y ha configurado a través de las notas siguientes :*

- *No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas.*

²⁹⁵ Representado entre muchas, en las SS.TS. 210/1992, de 7 de febrero, 2783/1993, de 13 de diciembre, 311/1994, de 19 de febrero y 2054/1994, de 26 de noviembre.

- Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como *hallazgo inevitable*²⁹⁶.

En el caso debatido se declara válida la confesión y reconocimiento del acusado y lo razona el tribunal al negar la conexión causal entre la *inconstitucional diligencia de entrada y registro de la habitación que ocupaba por el acusado y una supuesta invalidez de la confesión en sede judicial de acusado*. Por tanto su declaración en sede judicial nada tiene que ver con los efectos encontrados en su domicilio.

Su declaración y reconocimiento únicamente es consecuencia del reportaje fotográfico procedente de la filmación en video de la cámara de la entidad bancaria, reconociéndose con claridad al acusado y así lo manifestó en declaración judicial.

²⁹⁶ SS.TS. 298/1994, de 7 de febrero, 2054/1994, de 26 de noviembre, 725/1995, de 5 de junio y 499/1997, de 18 de abril.

VI. EL DIFERENTE RÉGIMEN DE NULIDADES DE LOS ARTÍCULOS 11.1

Y 238 LOPJ.

Como criterio generalizado actual, entendemos que no existe duda de que el estricto régimen de nulidades derivado del artículo 11.1 LOPJ sólo se predica del acto de investigación que viola un derecho fundamental y, además, para aquellas transgresiones que se dan durante la obtención de pruebas.

El artículo 238 LOPJ, por su lado, goza de un diferente alcance. Observemos que mientras el artículo 11.1 LOPJ. se encuentra bajo el Título destinado a regular el Poder Judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyo límite o reflejo se encuentra siempre en la sentencia, el régimen de nulidad de los artículos 238 LOPJ y ss , se recoge bajo el Título destinado a regular el modo de realizar las actuaciones judiciales, cuyo límite se pone de manifiesto en la regularidad procesal exigible en cada acto y momento. Por tanto una cosa es el régimen de nulidad e ineeficacia que se deriva de un mandato expreso como el artículo 11.1 LOPJ. Algo distinto es el modo en que debe encauzarse y dar tratamiento a esta invalidez que declara la ley y 238.3 del mismo cuerpo legal²⁹⁷.

El artículo 238.3 LOPJ se restringe, a los defectos que se pueden dar en la incorporación de la fuente de prueba a un proceso en el que provocase indefensión (STC 221/1997, FJ 11º). La prueba obtenida mediante un acto de investigación concreto en el que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento o con infracción de audiencia, asistencia y

²⁹⁷ 238.3.LOPJ. “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:...Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”.

defensa, pero sin atentar contra un derecho fundamental, pasa a ser ineficaz; sin embargo, no va más allá, simplemente lo invalida por producirse con indefensión. La menor gravedad del vicio entra en ponderación con el principio de conservación de los otros actos procesales y será posible probar ese mismo hecho a través de otros medios de prueba. Ello significa que no se produce el efecto reflejo de su ineficacia, es decir, la extensión de su ilicitud a otros medios de prueba (STS 6 octubre 1995).

Confirma esta postura la abundante jurisprudencia, que hace hincapié en la idea de que «*ha de tenerse en cuenta, al aplicar la teoría de procedencia norteamericana (...) que tal doctrina no puede llegar, en contra de nuestra legalidad vigente, a que la contaminación viciosa imposibilite la investigación penal (...) por un defecto puramente formal estrictamente procesal de legalidad ordinaria y solo la vulneración propiamente constitucional puede hacerse extensiva la ineffectividad de las pruebas a las posteriores*»²⁹⁸.

El artículo 11.1 LOPJ, por su lado, atiende a esas garantías procesales constitucionales, que se encuentran íntimamente unidas al derecho material fundamental a la hora de limitarlo. La lesión del derecho fundamental puede llegar a tener eficacia intra-procesal y eso es precisamente lo que intenta evitar el artículo 11.1 LOPJ, de ahí que la prohibición extienda sus efectos a toda prueba derivada de la ilicitud originaria, también llamada prueba refleja. Por eso es insuficiente el artículo 238 LOPJ para proteger la eficacia de esa garantía procesal de la inadmisión de las pruebas obtenidas con violación de derechos

²⁹⁸ STS 6 octubre 1995.

de este rango.²⁹⁹ Efectivamente, siguiendo a DÍAZ CABIALE el alcance del art. 11.1 LOPJ llega hasta privar de eficacia refleja a esas pruebas que son derivadas, pero también supone, por un lado, una extensión de la competencia funcional del órgano jurisdiccional que somete a su propia decisión la posible ilicitud de las pruebas y, por otro, otra extensión de su eficacia incluso a los hechos históricos o materiales, pues «*la policía no puede utilizar nada de lo obtenido ni siquiera como notitia criminis para iniciar una investigación sobre los hechos de que se trate*».

De hecho si no existiera el artículo 11.1 LOPJ, esa información obtenida mediante una prueba prohibida podría igualmente entrar en el proceso pues, intrínsecamente, las pruebas derivadas son lícitas si no fuera porque su conocimiento ha surgido directamente de un ilícito constitucional ; sería la presunción de inocencia la que en todo caso haría recomendable su inadmisibilidad e imposibilidad de constituirse en prueba de cargo suficiente, porque el material probatorio obtenido en tales condiciones no debe alzar la presunción de inocencia.

Se puede afirmar, en síntesis, que las prohibiciones probatorias derivadas del artículo 11.1 LOPJ sólo pueden derivarse de las restricciones de derechos fundamentales durante los actos de investigación destinados a obtener pruebas y sólo cuando se trate de un *desconocimiento de legalidad constitucional*. En la actualidad entiendo que esta norma se halla “a la deriva” en su posible aplicación real, pues la prueba refleja en la práctica jurisprudencial ha desparecido y la directa va camino de extinguirse,

²⁹⁹ J.A.DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del CGPJ, 1992, págs. 97 a 127.

consecuencia de la jurisprudencia emanada de la STS. 81/1998; por tanto el art. 11.1. de la LOPJ, entiendo que ha podido perder su práctica forense inicial.

Es posible que según criterio y tendencias judiciales se aplique ocasionalmente en instancias inferiores, que pueden ser revocadas o no vía Tribunal Supremo o Constitucional.

Un resumen de lo que decimos lo aporta la STS de 7 julio 1995, reafirmando el principio de conservación de los actos procesales como algo necesario para dar efectividad al derecho de las partes a probar, no anulando el acervo probatorio del que dispongan³⁰⁰.

Resulta evidente que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no deben surtir efecto, pero también ha de tenerse en cuenta que sólo se pueden desestimar las pretensiones por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable (LO 6/1985, Art. 11.3) y que para que se dé la *nulidad por infracción procesal* se requieren tres condiciones: A) que se trate de norma esencial de procedimiento; B) que se haya prescindido total y absolutamente de dichas normas y C) que efectivamente se haya producido por ello indefensión (LOPJ Art. 238 núm. 3.º).

La nulidad no afecta sino al acto ilegal y no se extiende a los independientes de aquél (independencia procesal se entiende) ni a aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable, aun sin haberse cometido la infracción que motivó su nulidad; el número 2 del artículo 242 de la Ley

³⁰⁰ Y según establece la STS 7 julio 1995 en su F.J Primero.

Orgánica 6/1985 incluso contempla la posibilidad de que pueda ser nula parte de un acto y no el resto del mismo acto cuando no dependa de aquélla.

En el derecho procesal existe, mientras no sea incompatible con un principio superior, el de conservación del acto en caso de duda *in dubio pro actis*³⁰¹. Al aplicar la teoría de *procedencia norteamericana* «*de los frutos del árbol envenenado*» no puede alcanzar según dicha institución procesal americana a que la contaminación de una prueba imposibilite la investigación penal que tienda a descubrir otras pruebas objetivas de un hecho delictivo, aunque haya tenido lugar con un defecto puramente formal. Este sería un caso estrictamente procesal de legalidad ordinaria, y sólo la vulneración propiamente constitucional puede hacer extensiva la ineffectividad de las pruebas a las posteriores (Art. 11.1)³⁰².

Como colofón, la diferencia entre el 11.1 y el 238.3 de la LOPJ. se puede establecer:

- Lo que pretende evitar el artículo 11.1 LOPJ, es que la prohibición de la norma extienda sus efectos a toda prueba derivada de la ilicitud originaria o prueba refleja. Se trata de una infracción de origen constitucional.
- El artículo 238.3 LOPJ, posee un alcance diferente, queda circunscrito a los defectos que se pueden dar en la incorporación de la fuente de prueba a un proceso en el que provocase indefensión y de ésta deriva

³⁰¹ Martínez GARCÍA, E. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril).Tirant LO BLANCH. VALENCIA 2003. p.11

³⁰² Según las fuentes consultadas la primera vez que se utiliza esta expresión es en el Auto del T.C. 155/1999.

su invalidez. Si se estima la nulidad del acto ilegal, no contamina a los demás actos y se conservan los anteriores, con reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido, pues estamos ante una infracción de carácter procesal.

VII. PRUEBA DIRECTA Y PRUEBA REFLEJA O DERIVADA.

Hay que distinguir momentos diferentes y sucesivos en torno a la infracción del derecho fundamental y a la obtención de la prueba, según se desprende del tenor del artículo 11.1 LOPJ cuando afirma que «*no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos y libertades fundamentales*»

Tenemos que formular las siguientes cuestiones cuando se viola un derecho fundamental: ¿se transgrede simplemente un derecho material? ¿Cómo se merma ese derecho? ¿Cuándo se produce la violación? ¿Por qué entra en funcionamiento el artículo 11.1 LOPJ? ¿Es este artículo el que impide que entren en el proceso esas pruebas? Se tratan éstas de las cuestiones básicas que encierran este tipo de violaciones, cuya solución ayuda a distinguir requisitos o exigencias de legalidad ordinaria y constitucional y delimitan los supuestos en los que la conexidad causal entre las pruebas impide valorar las reputadas como legales pero derivadas de la ilícita.

Si nos referimos a prueba directa, con carácter previo, lo obtenido directamente tras la violación de un derecho fundamental es nulo de raíz y abre el paso a posibles responsabilidades de los particulares, policía o Jueces. Aquí no se aplica la doctrina de los frutos de árbol envenenado, pues la prohibición de admisión de la «prueba directa» es clara, atendiendo al valor que nuestra Constitución otorga a los derechos y libertades fundamentales³⁰³. No obstante, el artículo 11.1 LOPJ —desde el prisma de legalidad ordinaria— recuerda que estas pruebas deben ser privadas de efectos.

En mi opinión cabe matizar que hoy día ni en EE.UU. ni en España la Jurisprudencia se expresaría en tales términos de rigor de que lo obtenido es nulo de raíz, ya que sobre todo en ambos países ha ido ganando popularidad en el seno de la Jurisprudencia la excepción de la buena fe. Esta puede implicar que habiéndose producido un registro inconstitucional, lo hallado en él puede ser válido para destruir la presunción de inocencia, pues los agentes no sabían que tal orden o Auto eran ilegales o atentaba contra la Constitución, habiendo por tanto actuado con buena fe. Esta excepción o límite de la prueba directa posee unos rasgos realmente atentatorios y perversos contra los derechos fundamentales, pero parece que resulta acorde con las razones vigentes de Política Criminal y Seguridad de los ciudadanos

En cuanto a la prueba refleja ha de traerse a colación la doctrina norteamericana sobre los frutos del árbol envenenado- *poisonous tree doctrine*- que se aplica sobre las fuentes y medios de prueba obtenidos lícitamente,

³⁰³ Tal y como se argumenta arriba acto seguido, en la corriente jurisprudencial actual, entiendo que esto ya no es válido, dado que se ha comenzado a admitir en la valoración pruebas ilícitas directas, proveniente de EEUU, con es el caso de la excepción de la buena fe(good faith exception).

aunque derivados de un acto originariamente contrario a los derechos y libertades fundamentales. A ello se refiere precisamente el artículo 11.1 LOPJ al negar los efectos de las pruebas obtenidas indirectamente mediante la violación de derechos fundamentales. Esta opinión no es unánime³⁰⁴.

Consideramos que el legislador, al referirse a esas pruebas indirectamente obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales, se refiere a los medios de prueba que aislados son ilícitos en sí pero en derivación o conexión con el derecho fundamental sustantivo vulnerado inicialmente se convierten igualmente en ilícitos por vía indirecta y contaminación procesal.

Por contraposición, la lesión extraprocesal de un derecho fundamental, hace ineficaz esos elementos probatorios obtenidos con violación directa de ese derecho fundamental. Acorde con esta postura, el régimen de nulidades aplicables será absolutamente distinto. En estos supuestos es donde el citado precepto adopta su mayor protagonismo.

Lo que sí resulta opinión doctrinal comúnmente compartida, es la que afirma que los términos del legislador en este artículo no fueron muy acertados³⁰⁵. Hubiera sido aconsejable que se refiriese a las pruebas directa o derivadamente obtenidas con violación de derechos fundamentales o incluso de forma inmediata o mediata, pues de ambos significados se deduce que cualquier prueba admitida con violación de derechos fundamentales debe ser

³⁰⁴ Acorde con esta postura, el régimen de nulidades aplicables será absolutamente distinto. En este sentido, véase PASTOR BORGOÑÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia* 1986, núm. 2, págs. 356 y ss. y PICÓ I JUNOY, J., «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas», *Justicia* 1997, núm. 3-4, pág. 892.

³⁰⁵ Así lo afirma MARTÍNEZ GARCÍA E. op. cit. en nota 74. p.17.

inadmitida, sea la conseguida directamente con violación, o se trate de la prueba lícita pero derivada de una que sufrió la vulneración. Entenderlo de otra forma conllevaría el fomento de este tipo de transgresiones tendente a obtener fuentes de prueba derivadas de la ilícita. Es decir, pudiera ser que se intensificasen o favoreciesen- efecto disuasorio- las vulneraciones de derechos fundamentales cuando se tratase de obtener fuentes de pruebas derivadas de la primaria ilícita. Por ejemplo: A partir de una entrada y registro que resultan inconstitucionales, se recogen datos que permiten la intervención de un teléfono o la incautación unos documentos que pueden comprometer la incriminación al detenido o imputado.

No parece viable que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984 intentara agotar la delimitación de este concepto, sino que por primera vez plasmó la garantía de que la constatación de una violación de esta envergadura impide la recepción procesal de ese material probatorio, por razón de la especial trascendencia de estos derechos fundamentales y por ello supondría un uso indebido del proceso , que no admite subsanación alguna de tratarse de una prueba ilícita originaria, pero que no ocurre lo mismo cuando nos encontramos ante la derivadas.

Si bien esta doctrina sobre la eficacia de la prueba refleja nació con una vocación absoluta, fruto del momento histórico y de la necesidad de potenciar estas garantías procesales *ad extremis*, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido restringiendo y creando varias excepciones en su aplicación. No fue mucho el tiempo de vigencia de aplicación de esta doctrina en “estado puro” pues hay que partir de que el Tribunal Constitucional sienta en su Sentencia 85/1994, de 14 de marzo, la doctrina de la eficacia refleja de la

prueba prohibida, reconociéndola en el Derecho Procesal español, de modo similar a como ocurrió con otros tribunales americanos y europeos. De hecho se puede decir que la doctrina de la prueba refleja en su integridad dejó de aplicarse en 1995, toda vez que la primera de las excepciones establecida denominada prueba jurídicamente independiente ya se recoge en la Sentencia del TC 86/1995, de 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública-tráfico de drogas- con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El Tribunal Constitucional a pesar de reconocer, como hizo el Tribunal Supremo en su día, que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado.

En expresión del Tribunal se expone que esto resulta razonable pues, de otra forma, también podría llegar a propiciarse que un detenido, por ejemplo, utilizara el sistema procesal para dar lugar a pruebas ilícitas ante la policía con el fin de lograr con posterioridad la nulidad de todo lo actuado tras su obtención.

En realidad, opino que lo que tuvo en cuenta el Tribunal Supremo, fueron los argumentos de la doctrina originaria de EEUU de la prueba independiente – *independet source*– ya al comienzo de la época de inaplicación de la teoría refleja. Antes probablemente hubiese estimado el amparo por no existir prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia ya que derivaba de la intervención telefónica ilícita y una declaración nula ante la policía, pero en el

caso lo que hizo el Tribunal fue valerse de la declaración de otro acusado que se le atribuye carácter de prueba independiente y suficiente, y es por esta razón por la que entiendo que el Tribunal Supremo expresó que de no ser así se podría favorecer que un detenido utilizara el sistema procesal para dar lugar a pruebas ilícitas ante la policía para posteriormente conseguir la nulidad de todo lo actuado tras su obtención.

Es decir, la doctrina más garantista, la de la prueba refleja, íntegra, sin ambages ni excepciones, pudo permanecer vigente en los Tribunales de España algo más de uno año, de 1994 a 1995.

VIII. EL DENOMINADO PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO

Determinadas pruebas, en ocasiones, van a ser obtenidas a partir de la violación de varios derechos relacionados o que interaccionan entre sí dentro de un mismo escenario restrictivo³⁰⁶.

En este sentido resulta muy afortunada la metáfora que reconoce a este escenario como un «fotograma» divisible en tiempos o acciones. Se define según MARTÍNEZ GARCÍA como «*el principio de articulación técnico-jurídica que prohíbe contemplar aisladamente los elementos o secuencias de una misma intervención restrictiva, cuando la naturaleza de ésta impone una consideración unitaria. Dicho principio funciona, en definitiva, como un elemento racionalizador de las dinámicas lesivas, así como de las*

³⁰⁶ E. MARTÍNEZ GARCÍA., op.cit. p. 15

conexiones causales que provocan la aplicación de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida»³⁰⁷.

Es probable que al tiempo de realizarse una detención ilícita se obtenga una prueba a través de un cacheo, una confesión o un consentimiento lícito para una entrada y registro. Esta interacción entre diferentes derechos fundamentales procesales y materiales queda dentro de un mismo marco restrictivo o, lo que es lo mismo, queda cubierta por la ilicitud inicial generada en la detención ilegal. Ello será importante a la hora de observar la teoría de la *desconexión de antijuridicidad* postulada por el Tribunal Constitucional, pues no debieran tratarse como pruebas independientes, sino que la antijuridicidad se extiende hasta el momento en que cesa la ilicitud originaria, a saber, la detención ilegal. Cuando se dan estas situaciones todo el acervo probatorio obtenido hasta la ilicitud deberá ser considerado válido y sobre lo obtenido con posterioridad a ella se aplicará el denominado «juicio de experiencia» del Tribunal Constitucional, argumentándose —como más adelante se observará— que el nexo causal está atenuado, que el descubrimiento de esa fuente era inevitable o que la admisión de esa prueba no produciría efecto contraproducente alguno en la actividad policial, en el sentido de fomentar una actuación no respetuosa de los derechos fundamentales durante una investigación. Pero reiteramos que la ilicitud perdura hasta la puesta en libertad del sujeto detenido ilegalmente y todo lo encontrado bajo el prisma de la unidad de acto será ilícito.

³⁰⁷ E. MARTÍNEZ GARCÍA. op.cit. p. 15 ídem

Por poner un ejemplo, pudiera ser el caso de una persona que es detenida de modo ilícito por la policía durante dos días. En este periodo de tiempo se obtienen diferentes fuentes de prueba, practicándose una confesión y un registro de su domicilio. Al cabo del tercer día se aprecia por los agentes que la detención fue ilegal, y es puesto de inmediato en libertad.

En el supuesto de que la detención fuera considerada lícita pero la confesión y/o autorización para la entrada y registro se realizara sin presencia del abogado la respuesta no es tan clara. La franja temporal de la ilicitud cambia. La falta de abogado no significa simplemente un atentado contra el derecho fundamental de defensa del artículo 24 CE, sino que tras su violación se generan nuevos actos de investigación y nuevas restricciones de derechos fundamentales -inviolabilidad domiciliaria.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo ha reiterado en salvaguardar esta línea divisoria entre los efectos delictivos hallados hasta que se produjo el vicio en la investigación —admisibles como prueba—, y todo aquello generado a partir de la falta de designación de abogado. En este caso concreto, no ha lugar a formular juicios de desconexión de antijuridicidad, porque existe la unidad de acto a partir de la confesión o autorización ilícita que cubrirá toda la prueba obtenida.

Se puede concluir que admitir este concepto de unidad de acto conlleva movernos en el terreno de las pruebas originarias ilícitas, no derivadas o reflejas. Aquí reside el valor de este pretendido principio constitucional que se entiende que puede actuar como freno ante la perspectiva abierta por el

Tribunal Constitucional en materia de admisión de pruebas reflejas tras la STC 81/98, del 2 abril.

IX. LA GARANTÍA DE INADMISIÓN DE PRUEBAS DIRECTAS

Las pruebas directas u obtenidas inmediatamente con la violación de un derecho o libertad fundamental son inadmisibles en un proceso por colisionar frontalmente contra él y con todas las garantías de un Estado de Derecho.

Estas pruebas deben ser inadmisibles en todo caso, sin posibilidad de excepción alguna pero como arriba se ha hecho constar, entiendo en disidencia que la actual jurisprudencia no lo está aplicando en el sentido garantista y tampoco es ésta la situación que acontece en el sistema norteamericano. Opino que, quizás, con carácter velado la inclusión de pruebas ilícitas directas admitidas y valoradas para una condena ya está incorporado como doctrina jurisprudencial en algunas Sentencias de los Tribunales de España, sin bien no tan matizado y abierto como en el país americano, aunque considero que será cuestión de tiempo.

Los argumentos que preceden tendrían cobijo palmario en que la garantía de inadmisión de estas pruebas con ilicitud originaria se ha visto mermada por las excepciones de la buena fe policial (*good faith exception*), el consentimiento voluntario y espontáneo del detenido e incluso por la ausencia de un efecto disuasorio sobre los agentes policiales.

Hay que ser cauto para evitar seguir estas líneas jurisprudenciales, sobre la base de que tal admisión supondría un choque frontal con el proceso penal acusatorio y con los derechos fundamentales³⁰⁸.

Se comparte la opinión expresada por MARTÍNEZ GARCÍA tal y como lo hemos puesto de manifiesto en apartados y notas precedentes, pues hay que afirmar que la doctrina jurisprudencial se viene ya asomando desde hace unos años a la aplicación de la doctrina americana de la “*buena fe*”, que puede suponer un auténtico “cajón de sastre” para poder admitir a valorar pruebas ilícitas directas.

Pensemos en un Auto Judicial de entrada y registro en un domicilio con defectos constitucionales de entidad y motivación insuficiente. Ante ello la policía procede a la entrada y registro y halla pruebas incriminatorias básicas. Los agentes de “*buena fe*” piensan que la resolución es correcta para neutralizar y habilitar legalmente la inviolabilidad de domicilio. Después, según lo hallado en dicho domicilio, se condena al acusado. Este alega la ilicitud de la entrada y registro y las pruebas halladas porque el auto habilitante no es constitucionalmente correcto. El Tribunal pudiera llegar a motivar la condena diciendo que no existe prueba ilícita porque los agentes pensaron que la resolución les permitía llevar a cabo las diligencias acordadas por el Juez, por lo que estaban actuando de buena fe. Desde un punto de vista de garantías del imputado y acusado en realidad estaríamos llegando a un choque frontal con los derechos fundamentales básicos en el proceso penal, hasta el punto de que de alguno modo fueran inoperantes.

³⁰⁸ E. MARTÍNEZ GARCÍA. Op.cit. p. 16.

Considero que la jurisprudencia se inclina a la aplicación de esta doctrina de la *buena fe* porque los Estados, y en este caso el Poder Judicial, procuran adoptar resoluciones que amparen más a los ciudadanos en general que a los acusados. Sin duda hay razones de política criminal y seguridad pública que pueden añadir penumbra y dejar en entredicho a los derechos fundamentales ínsitos en el proceso penal. Por este camino, entiendo, que se va tanto en EEUU como España.

Opino que si sucede este tipo de violación, se debe aplicar el régimen más severo de nulidad de efectos del artículo 11.1 LOPJ, frente a aquellas irregularidades que afectan a una norma de legalidad ordinaria (Art. 238 LOPJ). En ambos casos se declara la nulidad absoluta del acto y la ineficacia de la prueba obtenida, pero sólo en el primer caso la tutela de los derechos fundamentales exige mayor medida y extiende sus efectos a esas otras pruebas vinculadas a la ilicitud originaria. Lógicamente con esta idea, lo obtenido con este tipo de violación no debería poder ser introducido en el proceso mediante «otras pruebas», conforme sí acontece en los casos de nulidad ex artículo 238 LOPJ.

Es conveniente perfilar que los supuestos estadounidenses se hallan consolidados dentro de la teoría de la prueba refleja o las excepciones a la regla de exclusión de las pruebas derivadas, a fin de constatar que, en todos los casos, han sido admitidos por nuestra jurisprudencia.

Así la jurisprudencia norteamericana arroja una primera excepción admitiendo la *independent source* o teoría de la fuente independiente, que logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente

derivadas la una de la otra (*Wong Sun vs. US 1963* y *Silverthorne Lumber Co. vs. US 1920* con su correlativo en España de la STS. 4.03.1997, FJº 2)³⁰⁹.

En segundo término, se admitió la doctrina del *inevitable discovery* o doctrina del hallazgo inevitable, que rompe la ilicitud de esa prueba derivada de la ilícita al admitir que esa «inevitabilidad» en el descubrimiento por otros medios que hubieran sido legales justifica su admisión, y no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o Jueces (*Nix vs. Williams 1984* con su correlativo en derecho español en la STS de 5 de junio de 1995, FJº 4).

En tercer lugar, existe algún caso muy residual que admite la excepción *de la buena fe policial* en obtención de las pruebas directas -*United States vs. León 1984* con su correlativo en España con la STC 282/1993, de 20 de septiembre.

Por lo que respecta a otra excepción, *el purged taint* o teoría del nexo causal atenuado, que se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de la pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente (*US vs. Ceccolini 1978* y *Dunaway vs. New York 1979*) en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional español en su STC 81/98, 2 abril.

³⁰⁹ *Silverthorne Lumber Co. vs. US 1920* es el primer precedente en la Jurisprudencia norteamericana de la doctrina del árbol envenenado. Debemos tener que presente que data de 1920.

X. LA GARANTÍA DE LA INADMISIÓN DE PRUEBAS DERIVADAS

La jurisprudencia ha señalado que el Derecho español ha recibido la influencia de esta tendencia relativizadora de la regla general de ineficacia de la prueba ilícita a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, 4 de marzo de 1997; 5 de junio de 1995) y del Constitucional en diferentes sentencias³¹⁰. Pero, sobre todo, en la STC. 81/1998 de 2 de abril , que desarrolla la teoría sobre la conexión de antijuridicidad , partiendo de la base de que en supuestos excepcionales, pese a que las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las debe reconocer como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (fundamento jurídico cuarto.(STC. 283/1999 de 8 de abril)

Por otro lado, además, debemos indicar que es reiterada la jurisprudencia que afirma que las pruebas derivadas son legítimas o lícitas, en sí mismas consideradas o desde una perspectiva constitucional (STC 81/98 de 2 de abril, 41/98 de 4 de febrero, 238/99 de 16 de abril). Tal afirmación se convierte en el vehículo habilitante para intentar salvar aquellas pruebas derivadas cuando, de otra forma, no se disponga de «otras pruebas» que justifiquen el mantenimiento de la condena. Sobre esta base el Tribunal Constitucional crea su teoría sobre la desconexión de antijuridicidad.

La garantía de inadmisión, en este caso, se deriva con exclusividad de una norma de legalidad ordinaria como es el artículo 11.1 LOPJ, porque si no

³¹⁰ STC. 282/1993 de 27 de septiembre , 86/1995 de 6 de junio , 54/1996 de 26 de marzo

existiera este precepto no podría atentar contra el proceso lo que desde una perspectiva constitucional es lícito. En este caso, no es de aplicación el artículo 238 LOPJ por la razón de que sobre estas pruebas no existe vicio invalidante. Sólo el mandato del artículo 11.1 LOPJ justifica la expulsión del proceso de este material probatorio.

Por su lado, cuando la inadmisión del artículo 11.1 LOPJ afecte a una prueba derivada y conectada causalmente con la originaria, el Tribunal Constitucional pide a los Jueces y Tribunales que realicen ese juicio de experiencia o ponderación de intereses a partir de la STC 81/98 de 2 abril. En opinión de DÍAZ CABIALE en este punto radica uno de los aspectos más criticables de la aludida Sentencia, pues esta garantía procesal era hasta ahora muy considerable y trascendente y a partir de tal pronunciamiento se admite tal restricción del artículo 24 CE (en su faceta de garantía del derecho al proceso justo) en aras de la verdad material³¹¹.

Así se observa claramente en la STC 238/1999 de 16 de abril (FJ 4º), donde tras una intervención telefónica a un sujeto que, finalmente, resulta absuelto, el Tribunal Constitucional declara válida para condenar la prueba obtenida frente a un tercero, ahora sí imputado, porque al no ser el titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones resulta susceptible de ser roto el nexo de antijuridicidad existente entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Este argumento nos parece *extraordinariamente peligroso*, pues abre la puerta a intervenciones telefónicas generales o con carácter preventivo, a

³¹¹ J.A DÍAZ CABIALE, Garantía constitucional inadmisión prueba ilícita. Civitas monografías, Madrid, 2001.

sabiendas de que lo obtenido podrá ser utilizado en juicio contra aquellos procesados no titulares del teléfono.

Además parece una paradoja el hecho de que, dependiendo del resultado de la violación (afección de un derecho fundamental de un implicado o de alguien que finalmente no lo resulta), el efecto sea distinto para aquellos afectados por pruebas derivadas.

CAPÍTULO TERCERO.

RECEPCIÓN, INSPIRACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA “EXCLUSIONARY RULE NORTEAMERICANA EN LA JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA.

I. EL PROCESO GRADUAL DE LA INSTAURACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN ESPAÑA.

1. Introducción

En lo relativo a los antecedentes históricos y legislativos, cabe señalar que dentro del ordenamiento jurídico español la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, nuestro código procesal penal desde hace ya más de cien años, ha desempeñado un papel notable, siendo norma ejemplar en su tiempo, dentro y fuera de España, y que en muchos de sus pasajes y preceptos puede considerarse hoy aún como un texto avanzado, a pesar de haber precisado numerosos ajustes legislativos a lo largo de su vida, y que, según afirmado, como mínimo en las dos últimas legislaturas, será objeto de sustitución, aunque no ve la luz por ahora³¹².

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue culminación del largo período de recepción en el Derecho español de muchas de las garantías procesales adoptadas tras el paso del Antiguo Régimen al Estado moderno, que determinó en la Europa continental la Revolución Francesa de 1789. Sin embargo, ni

³¹² En fecha 22 de julio de 2011, el Consejo de Ministros aprueba el Anteproyecto de Ley de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y destacamos como novedoso por afinidad con el tema de la prueba ilícita: Depuración previa de la prueba ilícita. Se trata de evitar que el resultado del juicio quede contaminado por la práctica de pruebas ilícitas. De este modo, la prueba se depura a instancia de parte en un incidente previo al juicio oral ante el propio órgano de enjuiciamiento que resuelve también en él sobre la admisión de prueba. Es similar al sistema americano.

siquiera su Exposición de Motivos llega a concretar entre los propósitos del legislador en materia de prueba otra cosa que la necesidad de dar primacía a la practicada en el juicio por encima de la obtenida en la investigación preliminar o la necesidad de dar participación al imputado en las diligencias del proceso a partir del momento en que su intervención no comprometa la averiguación del hecho; nada se dice de la necesidad de asegurar la licitud de la fuente de la prueba, esto es, del conjunto de actuaciones de la autoridad o de los particulares dirigidas a obtener los medios de prueba ³¹³.

Hay que decir que el silencio del legislador no debe calificarse peyorativamente dentro del contexto histórico en que la ley fue promulgada, pues toda la teoría sobre la ilicitud de la prueba se debe al Derecho norteamericano, a partir de finales del siglo XIX y a la aparición de la *exclusionary rule* por aplicación de la cuarta y la quinta enmiendas de la Constitución estadounidense. El debate sobre los límites a la obtención de pruebas en el proceso penal es muy posterior a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, siendo así, no era esperable que ésta dedicase en su redacción original atención alguna al fenómeno de los medios de prueba ilícitamente obtenidos, dado que la incorporación del sistema de prueba ilícita al Derecho español se haría a finales del siglo XX.

En cuanto a la regulación de la prueba ilícita en el derecho español, se ha comentado y reiterado en el presente trabajo que la primera norma -y prácticamente la única- en nuestro ordenamiento jurídico es la que se

³¹³ En la Exposición de motivos (IV) de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se expresaba que “así y todo son tan radicales las reformas en él introducidas, que bien podían pasar por un Código completamente nuevo y de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo”.

contiene en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, de 1 de julio de 1985.

Con independencia de otras consideraciones, la simple incorporación de este precepto al ordenamiento jurídico español debe ser valorada positivamente: al margen de los juicios favorables o desfavorables que pueda merecer su redacción definitiva, el artículo 11.1 de la LOPJ implica la adopción de un criterio legal para decidir qué hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos y reduce la incidencia de la decisión del juez sobre la licitud de los medios de prueba a los términos marcados por el legislador. La claridad de la norma evita convertir al juez en legislador y fomenta la seguridad jurídica, esto es, la aplicación uniforme de la ley a todos los ciudadanos.

Ab initio la cuestión no es baladí, si se tiene en cuenta que hasta la propia LOPJ el Derecho procesal español carecía de un régimen general sobre la nulidad de los actos procesales, lo que determinaba hasta entonces la aplicación, bien de las normas que, específicamente y con respecto a actuaciones determinadas del proceso, establecieran la nulidad como el efecto derivado del acto defectuoso, bien subsidiariamente -y por vía de interpretación- el régimen sobre nulidad del Derecho común³¹⁴.

El artículo 11.1 de la LOPJ carece de precedentes en el Derecho constitucional o infraconstitucional español. Es de apreciar una propuesta de

³¹⁴ J. M. GONZÁLEZ GARCÍA. OP. CIT. *Spanish criminal procedure and the illegal evidence*- Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 187-211, Madrid, 2003.

A pesar de lo que dice este autor, consideramos que la influencia de la doctrina americana y la evolución vertiginosa en la Jurisprudencia de España desde 1984, ha propiciado que esta norma legal prácticamente se halle “vacía de contenido práctico”, según hemos apuntado en otros pasajes de este trabajo.

regulación de la prueba ilícita en un Anteproyecto de Reforma de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, titulado Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Cuyo artículo 549, pár. 1, que establecía lo siguiente: *“El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”*. El texto que sirvió años después de base a la enmienda que permitió introducir en sede parlamentaria la cuestión de los medios de prueba obtenidos por medios ilícitos en el articulado de la LOPJ, fue una singularísima novedad carente de precedentes en el Derecho español y, en ciertos aspectos, mejoraba la que once años después se promulgó en la LOPJ toda vez que especificaba con mayor claridad que el artículo 11.1 de la LOPJ el tratamiento procesal adecuado para los medios de prueba obtenidos de forma ilícita (“el tribunal no admitirá los medios de prueba”) e instauraba también un requisito subjetivo (que se hubieran obtenido “por la parte que los proponga o por terceros”), a diferencia de la norma del artículo 11.1 de la LOPJ.³¹⁵.

Tras la Constitución, como bastión principal en materia de lucha contra la prueba ilícitamente obtenida, es preciso destacar, como se ha dicho, la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, cuyo art. 11 incorpora, por vez primera al ordenamiento español, reglas sobre prueba ilícita. Se da la paradoja de que las leyes procesales sectoriales no trasladaron a sus articulados la garantía de protección contra la prueba ilícitamente obtenida hasta la Ley Orgánica 5/1995,

³¹⁵ Artículo 11. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

que introdujo el Tribunal del Jurado y más modernamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (arts. 287 y 433), supletoriamente aplicable al resto de los órdenes jurisdiccionales.

En parangón relativo y al igual que la práctica judicial americana del precedente ha sido la jurisprudencia, y particularmente la del Tribunal Constitucional español, la encargada de perfilar las notas del régimen sobre prueba ilícita en España. Con todo, tanto en su regulación legal como en su interpretación jurisprudencial, las restricciones a los medios de prueba ilícitamente obtenidos chocan con el hecho de que el interés de la investigación penal se inserta dentro de la tutela efectiva de los juzgados y tribunales y del derecho a practicar los medios de prueba pertinentes.

En otras palabras, toda restricción a la prueba lo es a estos dos derechos fundamentales y, por ello, el legislador español solo priva de eficacia a la prueba que sea ilícita por violentar derechos de igual calidad al derecho a la prueba, esto es, derechos fundamentales, quedando una zona sombría por debajo de posibles derechos de rango inferior que, de ser vulnerados, estarían desamparados por el art. 11 de la LOPJ y sus normas de desarrollo³¹⁶.

La evolución de la jurisprudencia constitucional ha conducido a la introducción en el Derecho español de criterios de flexibilización- que más bien son restrictivos e involucionistas respecto de los derechos fundamentales propios del proceso penal- de la regla sobre prueba ilícita, en especial en el caso de la denominada “prueba derivada”, esto es, de la practicada legítimamente a partir de hechos averiguados por medios ilícitos. Así, el Alto

³¹⁶ J. M. GONZÁLEZ GARCÍA. Ibíd., p. 187-21

Tribunal ha construido la tesis de la “*conexión de antijuridicidad*” -STC. 81/1998, en cuya virtud no toda prueba derivada de una fuente de prueba ilícita es también ilícita, sino solo en determinadas condiciones. Según esta doctrina, no existe dicha conexión, en todo caso, por el hecho de que la prueba de cargo inicial sea ilícita, sino que para ello es preciso efectuar un razonamiento lógico deductivo que permita establecer, primero, las características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; segundo, cuál es su resultado, con el fin de determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla, y tercero, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del vulnerado exige. Una línea jurisprudencial que se fija en la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América, que modula la transferencia de los efectos de la prueba ilícita a la prueba derivada cuando hay inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que, a todas luces, aparecían con vinculación lógico-causal, cuando el descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito hubiera sido inevitable y cuando hubiera buena fe en la obtención de las pruebas directas.

2. Orígenes constitucionales y creación jurisprudencial

El hecho de contenerse el precepto en cuestión en una norma de desarrollo de la Constitución española de 1978 puede hacer pensar que la regulación en el Derecho español de la prueba ilícita encuentra su fundamento expreso en el propio texto constitucional, pero en realidad no es así, o no lo es -al menos- de forma directa, puesto que la Carta Magna española no reconoce una expresa interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, como sí hacen, por

cierto, algunas Constituciones estatales americanas, ni, desde otro punto de vista, un derecho general a la prueba lícita o legal³¹⁷. Es ésta, además, una circunstancia coincidente entre la vigente Constitución española y todas las Constituciones históricas españolas, en ninguna de las cuales se advierte un equivalente a las anteriores hipótesis legislativas³¹⁸.

Lo máximo que expresamente se reconoce en materia de prueba es el derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes - artículo 24.2 de la Constitución de 1978-, pero no una genérica interdicción de la prueba ilícita, aunque sí específicas prohibiciones de actuaciones contrarias a los derechos fundamentales, normalmente accesorias al proceso penal, tales como la entrada y registro en el domicilio sin autorización del propietario o del juez, salvo en caso de delito flagrante (artículo 18.2 CE.) o la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas (artículo 18.3 CE) sin autorización judicial.

Tampoco parece ser el fundamento de la exigencia de la prueba obtenida por medios ilícitos el derecho a la presunción de inocencia, también reconocido entre el elenco de derechos que enumera el artículo 24.2 de la Constitución española.

³¹⁷ J. M. GONZÁLEZ GARCÍA. Op. cit. p. 237 . En sentido análogo sucede en la Jurisprudencia americana: No existe derecho fundamental a la inadmisión de las pruebas ilícitas.

³¹⁸ Solo existen referencias concretas a la prohibición del tormento (artículos 133 del Estatuto de Bayona, de 1808, 303 de la Constitución de 1812), del allanamiento del domicilio, salvo en los casos previstos en la ley (artículos 306 de la Constitución de Cádiz, 7 de la Constitución de 1837 y de la de 1845, 8 de la Constitución non nata de 1856, 5 de la Constitución de 1869, 6 de la Constitución de 1876 y 31 de la Constitución de 1931) o a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones (artículo 7 de la Constitución de 1869 y 32 de la de 1931), pero se trata de disposiciones particulares y no de generales proclamaciones sobre un hipotético derecho (constitucional) a obtener la prueba por medios lícitos.

Es evidente que la suficiencia de la prueba -a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia- requiere que su obtención se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo, como luego se verá, no podrá surtir efectos dentro del proceso. Ahora bien, ello no debe conducir a entender que el fundamento de las restricciones a los medios de obtención de pruebas sea precisamente el derecho a la presunción de inocencia.

En dicho sentido, ha entendido en 1998 el Tribunal Constitucional español que la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías³¹⁹.

El enlace entre el deber de practicar la prueba por medios lícitos y la Constitución española debe hacerse, en términos generales, con el derecho al proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución) y también con el derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales (artículo 24.1)

Por su parte, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, considera la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas como contrarias a la idea de *proceso justo*: curiosamente, la interpretación dada al Convenio Europeo de Derechos Humanos tampoco reconoce que la interdicción de la prueba ilícita se produzca al amparo de su artículo 6.2, de acuerdo con el cual toda persona acusada de

³¹⁹ Hace referencia a la creación y al desarrollo de la doctrina de la Conexión de antijuridicidad, que en síntesis adopta como doctrina la supresión práctica de la pruebas refleja, (STC. 81/98.)En los epígrafes siguientes se hará un extenso análisis de la misma.

una infracción penal se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada, sino al del derecho al proceso equitativo. Por consiguiente, más que, ante un derecho fundamental, nos encontraríamos ante una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales.

Entendemos que existe una conexión y parentesco, entre el art. 11.1 LOPJ. y la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984³²⁰. Es de advertir que esta sentencia es la primera dictada por el Tribunal Constitucional sobre la materia, aunque con anterioridad puedan identificarse dos Autos de inadmisión del recurso de amparo, dictados por el Alto Tribunal, a los que, seguidamente, me referiré brevemente.

En primer lugar, se puede traer a colación el Auto del Tribunal Constitucional ATC 289/1984 de 16 de mayo conocido como “caso “Rumasa”.

La demanda de amparo invocaba el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos y apreciaba que tal principio se debía aplicar a la documentación que, confiada judicialmente en custodia a una firma de abogados ingleses, les «fue sustraída», «incurriendo en engaño, abuso de confianza y grave infracción jurídica». En gran parte esa documentación aportada al sumario, así como también la ocupada por el Gobierno al expropiar la empresa RUMASA, sirvió sustancialmente para extraer de ellas los indicios racionales para el procesamiento. Por estos motivos se solicitó la nulidad de las resoluciones judiciales que decretaron tal medida.

³²⁰ Cabe recordar que en relación al art. 11.1. de la LOPJ. de 1985, se puede afirmar que el legislador “se inspiró” en aquella incipiente doctrinal del TC. surgida de la STC.114/1984 de 29 de Noviembre.

El Tribunal Constitucional declaró que dichos argumentos no podían ser admitidos con la finalidad pretendida, por los siguientes razonamientos:

- Porque no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina. En efecto, a la sazón el art. 11.1 de la LOPJ no se había promulgado.
- A su vez, dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia, y como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda*, para incorporarla al Derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen.
- Además, no consta se haya planteado por el recurrente dicho tema ante el Juzgado Central y en apelación ante la Audiencia, pues, ninguna de las dos resoluciones recurridas se refieren a él en absoluto, por lo que se ha traído ante este Tribunal Constitucional *per saltum* como tema nuevo, contrariando lo dispuesto en el art. 44.1 a) y c) de la LOTC que hace a esta vía de amparo subsidiaria.
- Porque en todo caso, serían necesarias expresas declaraciones de los Tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito, para poseer el indispensable soporte fáctico judicial sobre el que poder

apoyar consecuencias jurídicas como la alegada, al no servir la mera invocación y estimación de la parte por sí sola, en cuanto supone una simple alegación a la que no pueden unírsele consecuencias.

- Finalmente se argumenta que de haberse superado todas esas ausencias, se trataría de un problema, de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal, que incluso podría ser objeto de la fase plenaria del proceso penal, por rebasar el contenido instructorio del sumario, en donde podría valorarse dicho origen y el alcance de las pruebas, a través del amplio contenido de convicción psicológica que permite el art. 741 de la L. E. Cr., para señalar la culpabilidad o inocencia que fuere procedente proclamar.
- En conclusión el Tribunal Constitucional determina la clara inexistencia del defecto alegado desestimando que no se haya otorgado al actor un proceso con todas las garantías legales³²¹.

En el expresado caso el Tribunal Constitucional parece que no aspira a introducir en España la teoría de la prueba ilícita y sus derivaciones doctrinales con semejante supuesto, ya que probablemente hubiese acarreado un considerable escándalo y sonada agitación en ámbitos financieros, políticos, jurídicos y de índole constitucional, pues sobre todo entiendo que es posible que los componentes del Tribunal Constitucional trataran de evitar que, a la

³²¹ Recordamos que dicho caso acaparó titulares y amplios comentarios de los medios informativos, a causa de su importante trascendencia económica y de abierta polémica acerca de ser supuestamente promovido bajo los auspicios y presunto patrocinio de corrientes políticas de la época.

postre, fuera asociado este caso en los anales de la jurisprudencia histórica del máximo intérprete de la Constitución con el primer precedente jurisprudencial en España de la prueba ilícita penal y la instauración de la doctrina americana de nombre semejante.

Por ello, al año siguiente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 114/1984, se sirve de un supuesto fáctico de ámbito laboral sin clase alguna de repercusión mediática, ni política ni económica para introducir en la jurisprudencia española la doctrina americana de la prueba ilícita y sus derivaciones doctrinales.

La sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por un trabajador contra dos sentencias dictadas ante la jurisdicción laboral, por entender que las mismas habían declarado procedente su despido en virtud de los hechos conocidos de dos conversaciones grabadas con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que en el derecho español garantiza el artículo 18.3 de la Constitución, hecho que constituía también, a juicio del recurrente, una violación del derecho al proceso con todas las garantías. El Tribunal Constitucional español desestimó finalmente el amparo en el caso, pero ello no le impidió, *obiter dicta*, sentar las bases de la doctrina constitucional en la materia, con anterioridad a su desarrollo legal ordinario.

Son los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia los que constituyen un interesante resumen desde el punto de vista del *derecho comparado* y del derecho interno de la teoría general sobre la licitud de la prueba, desde el punto de vista constitucional.

La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, partiendo de la inexistencia en aquel momento histórico de norma expresa sobre prohibición de la prueba ilícitamente obtenida, propuso como criterio general el de la ponderación entre los intereses procesales en juego, para llegar a la conclusión de que la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su afirmada condición de “inviolables” (artículo 10.1 de la Constitución) determina la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental, aunque la garantía pueda ceder cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

En el examen de la STC. 114/1984 se puede entender que nos hallamos ante un problema de conflicto entre derechos de igual calidad: el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 de la Constitución) y frente al mismo, los demás derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Carta Magna (secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas, prohibición de la tortura y de los tratos degradantes): siendo la prueba un derecho fundamental, su ejercicio solo puede ser limitado por el deber de respeto que merecen otros derechos de igual calidad, aunque es posible considerar conformes a la Constitución aquellas pruebas obtenidas con infracción de normas de rango inferior al derecho fundamental a la prueba.

Y es ahora cuando indica algún sector doctrinal que este argumento sí parece haber influido en la redacción del artículo 11.1 de la LOPJ, que limita la ineeficacia de las pruebas a las obtenidas “violentando derechos fundamentales”, y que aun aceptando la incidencia de la sentencia 114/1984 en la definitiva redacción del artículo 11.1 de la LOPJ, muy recientemente se han elevado voces que han puesto de manifiesto la debilidad de algunos de los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional español en esa sentencia. Nos referimos a la sugestiva reflexión de ANDRÉS DE LA OLIVA en una nueva lectura de la sentencia³²².

Las críticas de este autor español se dirigen, en esencia, a combatir ciertas afirmaciones tópicas de su fundamento jurídico cuarto antes reproducidas; a los efectos que ahora nos interesan, las siguientes: en primer lugar, que la prohibición de la prueba ilícita derive de la posición de preeminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento y, segundo, de su condición de inviolables. En cuanto a lo segundo, rechaza por axiomática e incierta la conclusión de que los derechos fundamentales sean inviolables, cuando los repertorios de jurisprudencia constitucional nos demuestran precisamente lo contrario, al menos si nos ceñimos a las estadísticas de recursos de amparo estimados en España, precisamente por violación de derechos fundamentales: la inviolabilidad se emplea, según sostiene este autor

³²² Tras haber estudiado la institución considera junto a doctrina dominante que la instauración de la doctrina de la exclusionary rule en España por la STC. 114/1984 fue la que indujo al Legislador a la elaboración de la norma art. 11.1. LOPJ. ANDRÉS DE LA OLIVA Derecho Procesal. Introducción, Ramón Areces, 2001, pág. 441.

con acierto, en un sentido carente de valor técnico-jurídico, según expone DE LA OLIVA SANTOS³²³.

Además, en el caso de aceptarse el argumento del Tribunal Constitucional, no se debería soslayar que el interés público por la persecución del delito puede incardinarse dentro de los términos del derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución española, también con carácter fundamental, por lo que también cabría defender la “inviolabilidad” de este derecho (o su supremacía) frente a los otros derechos fundamentales con los que se enfrentara, y no a la inversa.

Para desvirtuar el primero de los argumentos discutidos de la sentencia, es decir, la posición de preeminencia de los derechos fundamentales como justificación de la ilicitud de la prueba, entiende que la solución legal es, en definitiva, una mera cuestión de opción del legislador, no de exigencia derivada del texto constitucional³²⁴.

Lo que no debe olvidarse -parece que se trata de una postura doctrinal poco numerosa- es la existencia de un nuevo debate doctrinal no resuelto ni cerrado sobre los postulados que contiene la propia sentencia 114/1984 acerca de la disparidad de soluciones existentes en el derecho comparado-inspiración en la genuina doctrina norteamericana- a propósito de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y que otra ya citada sentencia del Tribunal Constitucional español en la materia, la número 81/1998- son creaciones doctrinales restrictivas de los derechos fundamentales- , recuerda que en la ponderación sobre los intereses en juego se debe

³²³ A. DE LA OLIVA SANTOS. Op. cit. p. 441

³²⁴ A. DE LA OLIVA SANTOS. op. cit. 442

confrontar el derecho sustantivo violado con sus límites constitucionales, partiendo del hecho de que cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés, constitucionalmente legítimo, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el artículo 124.1 CE al Ministerio Público (SSTC 37/1989 y 207/1996).

El Tribunal Constitucional español optó, en la sentencia 114/1984, por la ponderación, algo que nos conduce indiscutiblemente al ámbito del principio de proporcionalidad. La incidencia del principio de proporcionalidad en la admisión de medios de prueba se aprecia en el artículo 299.2 del *Codice di procedura civile* italiano, en sede de medidas cautelares personales, y también en el artículo 189 del citado *Codice*, en sede de los medios de prueba no tipificados en la ley, y en cuya virtud la falta de regulación expresa del medio de prueba no es óbice para su admisión, siempre que resulte idónea para asegurar la acreditación de los hechos y no perjudique la libertad moral de las personas. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha exigido el respeto al principio de proporcionalidad, a la hora de apreciar la licitud de la práctica de determinadas diligencias de investigación restrictiva de derechos fundamentales, en el sentido de que la misma sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa

del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos³²⁵.

Paulatinamente estas perspectivas de la doctrina constitucional española han generado el riesgo y la tendencia de que en función de las necesidades de la política criminal de un Estado, la interpretación jurisprudencial de la garantía se decante por un incremento de los casos excepcionales a la regla de ilicitud.

Opino que en España desde los años noventa así ha sido, dado que se han incorporando sucesivos límites y excepciones, como se ha mantenido en la mayoría procedentes de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de EEUU. Puede sostenerse que actualmente se han desvirtuado las garantías procesales y con ello, los límites razonables de ciertos derechos fundamentales.

3. LEGISLACIÓN Y PRUEBA ILÍCITA. EL ARTÍCULO 11.1 DE LA LOPJ. CONTENIDO DE LA NORMA Y EFECTOS DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.

Por un lado el régimen del artículo 11.1 de la LOPJ plantea algunos problemas aplicativos, fundamentalmente, ante la práctica inexistencia de normas de desarrollo en las normas procesales penales. En efecto, la norma señala que las pruebas obtenidas con vulneración de derecho fundamental “no surtirán efecto”. Ahora bien, la cuestión es determinar cómo, en qué momento y

³²⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones (Sentencias de 6 septiembre 1978, caso *Klaus y otros*, de 27 de septiembre 1983, caso *Malone*, y dos de 27 de marzo 1990, casos *Huvig y Kruslin*, entre otros) ha reconocido que el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas se encuentra comprendido en las nociones de vida privada y correspondencia. y AUTO TS. de 18 de junio de 1992 y - STS. 12 de enero de 1995.

a iniciativa de quién se invalida la prueba en el seno del proceso. La cuestión es difícil porque es habitual, entre otras razones, que el conocimiento de la ilicitud de la fuente se conozca con posterioridad a la incorporación de la prueba al proceso e incluso con posterioridad a la práctica o conocimiento de ésta por el tribunal.

A ello se suma que las normas procesales, como se ha dicho, han tardado en incorporar a sus articulados las consecuencias del artículo 11.1 de la LOPJ.

En el ámbito penal, en el que se aplicaba genéricamente el principio que, en materia de prueba, lo que abunda no daña pero este principio solo cabía, en el procedimiento ordinario por delitos graves, que prevé la inadmisión de un medio de *prueba a limine* en caso de impertinencia o de inutilidad, lo que obligó a los tribunales, en muchos casos, a forzar el sentido del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³²⁶. En el procedimiento abreviado (el más frecuente por delitos), aunque no haya expresa previsión, el acusado puede impugnar los medios probatorios en el escrito de calificación. Sin embargo, nada dice la ley sobre inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas, sino, al contrario, que solo cabe no admitir las que entienda impertinentes (artículo 785.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Igualmente es práctica forense que en las denominadas cuestiones previas del art. 876.2, al inicio del juicio oral, se pueda plantear debate sobre exclusión de posibles pruebas ilícitas que puedan obrar en las actuaciones en base a la vulneración de algún derecho fundamental.

En definitiva el art. 11.1 recoge una norma de carácter prohibitivo. Interesa, en consecuencia, a la hora de desarrollar su contenido, abordar

³²⁶ En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, regulado por la Ley 5/1995, de 22 de mayo, sí permite plantear como cuestión previa a la constitución del tribunal enjuiciador (artículo 36.1, b) la vulneración de algún derecho fundamental.

separadamente, en primer lugar, lo referente a la conducta prohibida y, en segundo término, lo que concierne a las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta en cuestión.

La conducta prohibida en el artículo 11.1, inciso final de la LOPJ, se concentra en la obtención de pruebas, directa o indirectamente, comprometiendo derechos fundamentales. El supuesto de hecho es ciertamente restrictivo. La norma restringe los supuestos de ilicitud a la vulneración de derechos fundamentales, términos que son más específicos toda vez que, a los efectos de la regla legal, la ilicitud no viene determinada por la infracción de cualquier norma jurídica, sino sólo aquélla que se contenga en el elenco de derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos (artículos 14 a 29 de la Constitución de 1978). La *ratio* de esa restricción parece estar en que, por virtud del equilibrio en la ponderación de derechos, siendo la prueba una actividad inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva, y reconociéndose en la Constitución de manera expresa el derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes, la prueba sólo puede sufrir restricciones por infracción de derechos de idéntica calidad, esto es, de derechos fundamentales.

En este sentido, conforme a la norma -que no puede ocultar la influencia en él de la doctrina de la antes referida sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional- las fuentes de prueba obtenidas con violación de otros derechos, sin la relevancia constitucional de derecho fundamental, no pueden ser privadas de eficacia probatoria.

El Tribunal Constitucional prefirió crear una prohibición absoluta como la del artículo 11.1 LOPJ, de rango no constitucional. Al no incluir este mandato en la Constitución, el propio TC no se encuentra vinculado y con el tiempo ha podido ir relativizándolo, otorgándose un amplio margen de maniobrabilidad interpretativa. El Tribunal Constitucional tuvo claro *ab initio* que las pruebas ilícitas directas chocaban frontalmente con el sistema, pero también que una aplicación indiscriminada de la teoría refleja del árbol envenenado acabaría frustrando el *ius puniendi* del Estado y, de otra forma se hubiera encontrado vinculado el propio Tribunal Constitucional por ese mandato. Hubiera supuesto lo que se ha denominado la «petrificación de la doctrina anglosajona» de los efectos reflejos de las pruebas prohibidas³²⁷.

Durante una primera etapa, el artículo 11.1 LOPJ se relaciona en toda la jurisprudencia con el principio de presunción de inocencia, nace para protegerla y ésta se convierte en el canon de ilicitud de esta prueba. En otra época posterior a la STC. 81/1998 de 2 de abril para llegar a la presunción de inocencia hay que salvar otros obstáculos en forma de derechos fundamentales: la vulneración del derecho sustantivo en sí y además la conculcación al proceso con todas las garantías.

Esta situación encuentra cierto correlativo con la evolución sufrida por la jurisprudencia norteamericana. En sus primeros momentos, se comenzó fundamentando el derecho a que se inadmitan las pruebas en la violación de un derecho sustantivo como el de la inviolabilidad domiciliaria o el derecho a no declarar contra sí mismo, a fin de que no quedaran en papel mojado. Se

³²⁷ GIMENO/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ, *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 418.

negaba con ello la existencia de un derecho o garantía de índole procesal en los casos *Boyd vs US (1886)* y *Weeks vs US (1914)*; no sería hasta el asunto *Rochin vs People of California (1952)* cuando se reconoció que tal garantía derivaba de la violación de la Decimocuarta Enmienda sobre el derecho fundamental del «due process clause» y fue consolidada esta nueva regla en el caso *Mapp vs Ohio (1961)*³²⁸. Años más tarde, caso *US vs. Calandra (1974)* se reducirá todavía más el contenido de este derecho, pasando a ser una mera «garantía objetiva» o «remedio judicial», creado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda, a través de la incorporación del concepto del «efecto disuasorio»-*deterrant effect*- que puede tener la ilicitud sobre el sistema policial. El siguiente paso en la determinación del contenido y naturaleza de esta garantía se dará en 1976 con el caso *Stone vs. Powell*, que tiene correspondencia con la doctrina que se instauró por la STC 81/98, del 2 de abril³²⁹. A partir de ese caso, se creó todo un sistema de excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita.

³²⁸ Maximiliano Hairabedian, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002., p.106. De acuerdo a la obra de Hairabedian, el punto de partida de la regla de exclusión en el derecho judicial norteamericano fue el caso "Boyd v. U.S." en 1886, donde se cuestionaba una prueba consistente en una factura que el acusado fue obligado a aportar en contra de su voluntad. La Corte encontró una "íntima relación" entre la IV y la V Enmienda, y sostuvo que la aportación compulsiva de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo, conculcaba ambas enmiendas citadas, que protegen contra requisas y registros arbitrarios y de la autoincriminación involuntaria.

³²⁹ El magistrado Lewis representado a la mayoría en el caso de *Stone v. Powell*, ha reevaluado esta interpretación de la ley y sostuvo que la reclamación por Powell de Cuarta enmienda una vez planteada y resuelta en un tribunal estatal no puede ser escuchada de nuevo en el procedimiento federal de hábeas corpus cuando el Estado ya ha brindado la oportunidad para una audiencia completa y justa. En la aplicación de un análisis coste-beneficio en Powell se argumentó que la disuasión marginal adicional contra la mala conducta de la policía era insuficiente para justificar la exclusión de pruebas y permitir que un acusado culpable quedase en libertad. Esto sólo conseguiría socavar el respeto por el sistema de la justicia penal. (STONE V. POWELL, 428 U. S. 465 (1976). U.S. Supreme Court)

En opinión de GONZÁLEZ GARCÍA, conforme al tenor del precepto, hay que diferenciar en el artículo 11.1 de la LOPJ la prueba “ilícita” de la prueba “ilegal”. Dentro de la primera tendría cabida la prueba viciada *ab origine*, por serlo también la fuente de la prueba; la prueba ilegal es aquélla practicada con violación de las normas procesales que la regulan³³⁰. Dicho en otras palabras, la ilicitud de la prueba depende de un hecho anterior al proceso o, aun coetáneo a éste, realizado fuera del proceso mismo o en un momento diferenciado de la fase de prueba; la ilegalidad se corresponde con la infracción de las normas procesales que regulan la proposición práctica o valoración de la prueba en cuestión. Sentada esta premisa, el artículo 11.1 de la LOPJ se refiere al primero de los casos; por lo que corresponde al segundo, habrá que estarse a las regulaciones procesales particulares y a la entidad de la infracción de que se trate. De acuerdo con este régimen, una prueba puede ser ilícita (por serlo su fuente de obtención) aun siendo legal, por haberse llevado al proceso y práctica con escrupuloso respeto a las normas procesales. Del mismo modo, una prueba con fuente lícita puede ser tachada de ilegal por infracción de las normas procesales sobre su práctica y valoración. El Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 64/1986, de 21 de mayo, declaró que la garantía se refiere tan sólo a la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba, no en la que se produce durante su práctica o valoración.

Con esa delimitación parece claro que los supuestos de obtención de pruebas en forma ilícita en el proceso penal, con relevancia jurídica desde el

³³⁰ JM. GONZÁLEZ GARCÍA. *Spanish criminal procedure and the illegal evidence*- Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Revista de Derecho Vol. XVIII - N° 2 - Diciembre 2005 Páginas 187-211, Madrid, 2003.

punto de vista del artículo 11.1 de la LOPJ, son los que se refieren a las diligencias de investigación que implican intromisión en derechos fundamentales, que son: la entrada y registro en domicilio privado, regulada en los artículos 545 a 578 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en desarrollo del artículo 18.2 de la Constitución de 1978; la observación o intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas (artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 18.3 de la Constitución) y, en general, todas aquéllas que infrinjan la integridad física o psíquica del sujeto de la prueba - coacciones o amenazas graves durante interrogatorios, intervenciones corporales- que protege el artículo 15 de la Constitución española. Diligencias que, en algunos casos, están muy deficientemente reguladas en la ley (es el caso, v.gr., de la intervención de las comunicaciones telefónicas, a las que se dedica escasamente el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por lo que su práctica se somete a las exigencias determinadas por la doctrina constitucional.

La delimitación del supuesto de hecho se completa en el artículo 11.1 de la LOPJ con la mención de la prueba obtenida “directa o indirectamente”. El tenor legal extiende, en consecuencia, la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita (por ejemplo, la obtención de los bienes sustraídos en un registro domiciliario que no respetó las garantías constitucionales), sino también para las pruebas practicadas, en principio, por medios lícitos, pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de los derechos fundamentales (por ejemplo, la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal). Es la introducción en el Derecho español de la doctrina del fruto del

árbol envenenado (*fruit of the poisoned tree doctrine*) del derecho estadounidense, por el cual la licitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja. Sin embargo, como veremos en el epígrafe siguiente, los efectos de la ilicitud no son los mismos, según se trate de *prueba directa* o de *prueba refleja*, por lo que la doctrina constitucional ha introducido ciertas matizaciones al efecto general de ineficacia de las pruebas obtenidas indirectamente por medios ilícitos. Según los términos del precepto es igual que el responsable de la ilicitud sea autoridad pública o un particular, que sea la parte a quien aprovecha la prueba u otra persona, que sea el reo o un acusador.

Al amparo del principio de proporcionalidad debe operar *el principio pro reo*, en los casos en que la prueba ilícitamente obtenida beneficie la posición procesal del acusado, ya sea él el responsable de la vulneración del derecho fundamental, ya sea el tercero. Se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente garantizado, y de forma prioritaria en el proceso penal, informado todo él por el principio del *favor rei*.

4. LAS CONSECUENCIAS QUE PUEDEN OCASIONAR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA OBTENCIÓN DE LA FUENTE DE LA PRUEBA.

Creo que resulta apreciable que el artículo 11.1 de la LOPJ establece también los efectos o consecuencias en el proceso de los medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. De acuerdo con la expresión legal, tales pruebas “*no surtirán efecto*”. Nos encontramos, en

principio, ante el efecto propio de la nulidad de pleno Derecho, una ineeficacia que se produce *ex tunc*, esto es, no desde el momento de la declaración, sino radicalmente desde el momento en que se produjo la vulneración. La norma no alude de manera expresa, sin embargo, a la nulidad, sino al efecto propio de ésta. Pese al silencio legal, la conexión entre la vulneración de derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho es evidente en el Derecho español: la sentencia que estima el amparo ante el Tribunal Constitucional puede declarar la nulidad del acto impugnado (artículo 55 de la Ley Orgánica 1/1979, del Tribunal Constitucional)³³¹. En la concreta materia probatoria, la explicada sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional reconoce que la nulidad es la consecuencia razonable derivada de la posición superior de los derechos fundamentales en el ordenamiento.

Añade GONZÁLEZ GARCÍA que la solución legal es, como se ve tajante, y deja poco margen a la interpretación del juez pues establece un régimen uniforme, incluso con independencia de que se trate de pruebas directas u obtenidas de forma mediata de la fuente ilícita³³².

La doctrina, en posición mayoritaria, considera que en el elenco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución existen categorías: aquellos derechos absolutos, que no pueden ser objeto de limitación y los derechos relativos, susceptibles de limitación o de restricción en la forma establecida en la propia Constitución³³³.

³³¹ En la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se establece también la nulidad de pleno Derecho como efecto de los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 62)

³³² J.M GONZÁLEZ GARCÍA. Op. Cit. p. 187-211

³³³ ASENCIO MELLADO. JM *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Edit. Trivium.1989. Afirma este autor que la consecuencia esencial que produce la obtención de una prueba en los supuestos previstos

El ejercicio de la tutela judicial no debe entenderse como derecho absoluto, sino que su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias de legalidad establecidas y con ponderación de la necesidad y adecuación de la medida que se pretende a los fines queridos.

La regla de proporcionalidad ha llevado al Tribunal Constitucional a modular la incidencia de los efectos de ineficacia previstos en el artículo 11.1 de la LOPJ en atención a las circunstancias del caso. Esta variación de los efectos de la prueba ilícita posiblemente sea necesaria para mantener y salvaguardar los valores en conflicto, así como para evitar situaciones extraordinarias en las que no se admitan pruebas con resultados desproporcionados en consideración a la gravedad de los hechos enjuiciados.

Ha sido especialmente la prueba refleja o derivada la que más incidencia ha soportado en la modulación de los efectos de la prueba ilícita, aunque en algunos casos se han considerado conforme a la Constitución ciertas pruebas obtenidas directamente en contra de un derecho fundamental.

El Derecho español ha recibido la influencia procedente del derecho norteamericano con tendencia a la aplicación de la ineficacia de la prueba ilícita a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo³³⁴.

La regla de ineficacia de la prueba derivada se aplica en el Derecho norteamericano si se acredita la concurrencia de los siguientes hechos:

en el art.11.1 de la LOPJ. viene a ser su inutilidad a efectos de fundamentar en su base una sentencia del signo que sea; se trata de no tomarla en consideración con vistas a la resolución definitiva o bien de no entrar ni tan siquiera en su valoración si se constata su carácter en un momento anterior al de dictar sentencia. p. 85

³³⁴ Sala segunda, SSTS. 4 de marzo de 1997; 5 de junio de 1995 y del Constitucional en diferentes sentencias SSTS 282/1993, de 27 de septiembre, 86/1995 de 6 de junio, 54/1996 de 26 de marzo.

- La independencia de la fuente de la prueba derivada, esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que, a todas luces, aparecían con vinculación lógico-causal.
- La inevitabilidad del descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito.
- En tercer lugar, *la buena fe* en la obtención de las pruebas directas;
- En último término, la teoría del nexo causal atenuado.

A la luz de lo investigado y analizado en la Jurisprudencia española, entiendo que en iguales términos se aplica en el Derecho español.

5. VERDAD Y PROCESO PENAL. EXTENSIÓN Y PRIMACÍA DEL INTERÉS SOCIAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La posición de la doctrina jurisprudencial en el debate sobre interés social, verdad y proceso penal, en el entorno de los derechos fundamentales se puede apreciar y derivar en uno de los enunciados de la STC 94/1999, de 31 de mayo, que al declararse la ilicitud constitucional de la entrada y registro estimó determinante la del hallazgo de la droga, por lo que, no habiendo ninguna otra prueba constitucionalmente lícita, hubo de anularse la Sentencia condenatoria. En palabras del Tribunal: “*Ese efecto es contraintuitivo: a simple vista, parece comportar una suerte de burla de la verdad y de la justicia, pues si el acusado cometió el delito, debe, inexorablemente, sufrir la pena*”.

Del inevitable choque con las representaciones primarias de la verdad y de la justicia deriva el carácter problemático de la exclusión de los “frutos del

árbol emponzoñado". El Tribunal Constitucional somete esas ideas a un análisis más detenido.

En primer lugar, ha de destacarse que el proceso penal no es una investigación desinteresada de la verdad. Se busca la verdad; pero para ejercitarse sobre la base de hechos verdaderos, de hechos que hayan acaecido históricamente, *el ius puniendi* del Estado, que se halla, como todas las demás potestades estatales, limitado por la Constitución y, muy especialmente, por los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el proceso penal, decía Manzini, "*la más amplia, la más ilimitada y normal superficie de penetración está de ordinario reservada a la verdad material, en forma que el juez tiene el poder y el deber de convencerse libremente, o sea, de tratar de conseguir el conocimiento del hecho que mejor responda a la realidad de ese mismo hecho*"³³⁵.

Pues bien, en el marco de la Constitución española de 1978, el poder de investigar la verdad y de castigar de acuerdo con el resultado de esa investigación, no es en absoluto ilimitado; sino que se halla sometido a la Constitución. Sobre la base de una supuesta verdad, adquirida vulnerando los derechos fundamentales, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado constituye una extralimitación. De modo que no se trata de discutir cuál fue la verdad histórica; sino de si la pena aplicada es o no legítima. Desde esa

³³⁵ Dicho autor indica que la prueba sirve para sustentar los hechos que afirma cada una de las partes en el proceso, aludiendo a los actos que dieron origen al litigio que se sigue. Manzini, al igual que otros muchos autores, piensa que la función primordial de la prueba es crear convicción o certeza en el juez o magistrado acerca de lo que se está afirmando. La prueba está encaminada a ser exhibida ante el órgano jurisdiccional, a crear un ánimo en él, con el objeto de que éste nos conceda la razón en lo que nos encontramos planteando, ya sea como acusador o defensor del culpado. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Ediciones jurídica Europa – América. Argentina. 1952.p.28

perspectiva, los derechos constitucionales han de prevalecer sobre el llamado principio de verdad material.

Además es preciso clarificar, aunque sea a grandes rasgos, de qué verdad se habla en el proceso. El hecho que puede servir de base a una condena no es el acontecimiento histórico tal y como ha ocurrido, sino una reconstrucción que se lleva a cabo en el proceso. No hay, tampoco en este caso, “ningún acceso inmediato a las condiciones de verdad” de nuestras creencias empíricas, que nos permita afirmar que una determinada versión del suceso es, sin más, verdadera. Hemos de contentarnos, pues, con aquélla que resulte mejor justificada a través del proceso mismo. Desde esa perspectiva, las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera. O, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que nos llevan a tenerla por verdad. En efecto, puesto que en el proceso penal se reconstruye el acaecimiento histórico y esa reconstrucción ha de llevarse a cabo necesariamente tanto por el Estado que acusa y que, en definitiva, representa el interés de la comunidad en el castigo del delito, como por el imputado que se defiende, resulta indispensable, no sólo desde la perspectiva de la justicia, sino también desde la de la verdad, que puedan contribuir a la determinación del hecho en condiciones de igualdad. Si se vulneran los derechos fundamentales que constituyen el estatuto del imputado quiebra, como hemos visto, el principio de igualdad de armas entre las partes, con lo cual la verdad se dejaría en manos del poder del Estado: la reconstrucción del suceso histórico así efectuada no reuniría las condiciones suficientes para poder ser tenida por verdadera a la hora de justificar la imposición de un

castigo. Algo de eso se dice en la resolución que acabamos de comentar (STC 94/1999, de 31 de mayo), cuando anuda a la falta de garantías “*la consiguiente merma de fiabilidad del resultado probatorio que se valoró en juicio*”.

Si estas consideraciones son correctas, habrá de concluirse que la prohibición de valorar los frutos del árbol emponzoñado tiene un fundamento sólido y que, por lo tanto, su colisión con las ideas de verdad y justicia es más aparente que real: sólo se produce si se da por bueno, sin ulterior análisis, lo que el Estado afirma y si el interés social en el castigo de los delitos se sitúa por encima de los derechos fundamentales.

Se estima que desde los últimos años, el proceso de globalización, la práctica ausencia de fronteras y la continua movilidad de las personas de un continente a otro, están propiciando estímulos favorables a las organizaciones criminales- en especial el narcotráfico a gran escala- y el terrorismo, lo que anudado a sucedidos hechos criminales de gran impacto en miles en personas, como han podido ser los lamentables , cruentos y brutales atentados del 11 S en EEUU, el 11 M en Madrid, otros más lejanos de Oriente, están produciendo un cambio de mentalidad auto protectora en los países de mayor tradición democrática- España a partir de 1978- que hacen que los derechos fundamentales- y por la tanto la prueba ilícita penal y *exclusionary rule*- queden relegados un segundo término, primando la seguridad de los ciudadanos, el interés social y castigo de los delitos.

Pero, ambas cosas suceden a menudo y, hasta cierto punto, es normal que suceda. Pues la demanda de tranquilidad y seguridad, que el Estado, en principio, garantiza, es una necesidad primaria y constante que se sobrepone a la necesidad de preservar las libertades constitucionales, que sólo se vive

ocasionalmente, cuando las propias se hallan en peligro o han sido vulneradas. Llevar a la conciencia del pueblo que los derechos fundamentales han de prevalecer incluso sobre las exigencias ocasionales de tranquilidad y seguridad, tal y como el Gobierno las define, no es nada fácil; pero, esa es la ardua tarea que el Estado de Derecho impone a los jueces.

II. PROGRESO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. APLICACIÓN AL PROCESO PENAL ESPAÑOL. EVOLUCIÓN LEGAL INMEDIATA Y PRIMERAS OSCILACIONES

1. Preludio y observaciones jurisprudenciales

Según sostiene GÓMEZ COLOMER, la doctrina jurisprudencial de la prueba ilícita tuvo un impacto súbito enorme, porque fue recogida inmediatamente en el art. 11.1, inciso segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, que se aprobó en julio de 1985, es decir, menos de un año después de la primera sentencia de nuestro Tribunal Constitucional anteriormente comentada³³⁶. El texto legal en una lectura primaria y en la época de promulgación, entiendo que no ofrecía mayores dudas de interpretación en cuanto a un reconocimiento en derecho infraconstitucional de la teoría refleja o efectos derivados de la prueba ilícita.

A partir de aquí comenzaron a publicarse estudios doctrinales de envergadura que trataron de explicar el alcance de esta norma centrándose

³³⁶ GÓMEZ COLOMER, JL. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español*- Tirant lo Blanch 2008. p.8

sobre todo en el entendimiento del adverbio «*indirectamente*», no introducido por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, pero que, a la postre, se acabó confirmando por el propio Tribunal Constitucional que su significado no era otro que concentrar en apretado resumen la evolución del efecto reflejo de la prueba prohibida, o doctrina norteamericana de los «frutos del árbol envenenado»³³⁷.

La LOPJ española consagra, pues, en esta norma el criterio expansivo o más garantista de la teoría de la prueba prohibida, según ha ido interpretando el Tribunal Constitucional español desde los primeros momentos tras su promulgación, doctrina que podríamos caracterizar resumidamente del siguiente modo:

- Las pruebas obtenidas directamente violentando derechos fundamentales (que son los consagrados por la CE), no surten efectos en el proceso.
- Las pruebas obtenidas indirectamente violentando derechos fundamentales, tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado).
- No importa quién haya conseguido la prueba ilícita.

³³⁷ Entre otros estudios: José A. DÍAZ CABIALE Y Ricardo MARTIN MORALES. estudios doctrinales del art. 11.1. LOPJ (La garantía constitucional de la prueba de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Civitas, Madrid 2001.

La prohibición de investigar la verdad a cualquier precio en el sistema adversarial (el caso español) Prof. DR. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre “Evaluación y restos del sistema penal acusatorio: un debate sobre sus debilidades y perspectivas”, organizado por la Universidad Sergio Arboleda los días 5 y 6 de octubre en Bogotá, 8 y 9 de octubre en Santa Marta. 2010

CÉSAR AUGUSTO GINER ALEGRÍA. *Prueba prohibida y prueba ilícita*. Universidad Murcia. Anales de Derecho. Número 26. 2008. Págs. 579-590

- No importa el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida, si en la fase de investigación o en cualquier otra fase.
- No importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer.
- Si es prueba prohibida, se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su admisión, práctica y valoración.

La STC 107/1985, de 7 de octubre, reiteró la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, en un caso en el que el demandante de amparo sostenía la ilicitud de la prueba de alcoholemia que se le había practicado en un control rutinario en el que había dado positivo, amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional³³⁸.

³³⁸ En resumen la STC. 107/1985 de 7 de octubre, en relación a la prueba ilícita, expresa que el demandante invocó la violación de los arts. 17.3 y 24 de la C.E. La lesión del art. 17.3 la atribuyó al hecho que, cuando la policía detuvo su vehículo, no se le informó de que las diligencias que se practicaron eran tendentes a investigar que podían constituir delito, ni le fue ofrecida la asistencia letrada. Los derechos invocados principalmente son los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, El TC. explica en primer término que el recurrente, en el curso de ambas instancias, pudo valerse de los medios apropiados en derecho para su defensa y obtuvo también de sus juzgadoras resoluciones jurídicamente motivadas, no siendo así posible apreciar lesión de los derechos reconocidos en el apartado primero del art. 24 de la Constitución. Los mismos reproches expuestos en la demanda frente a la obtención de la prueba de alcoholemia llevada a juicio corroboran su existencia que sin embargo, son ya los que delimitan el objeto constitucional de la pretensión. Se remite a la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, recordando que en el proceso no pueden hacerse valer, ni admitirse por el juzgador, pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Analiza y hace referencia a las quejas del actor por carencia de garantías por la Policía Autónoma al practicar los análisis de alcoholemia. El demandante no se negó a la realización de la pericia- tampoco no fue debido la imposición policial-, sino a la propia iniciativa del hoy recurrente, la decisión de abandonar el lugar de los hechos para someterse a una nueva prueba con el alcoholímetro de precisión y a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse, en rigor, de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el núm 1.º del art. 340 bis, a), del Código Penal. La regularidad de la detención desde aquel momento es cuestión ya ajena al presente proceso. Establece el TC que la conformidad constitucional de la prueba y de su modo de verificación s el único trascendente en el presente proceso, siendo ya irrelevantes para su resolución cualesquiera otros aspectos o circunstancias de la detención policial que no incidieran en las actuaciones judiciales sometidas a recurso de amparo .Para concluir que

Así como la STC 303/1993, de 25 de octubre, en un caso de prueba preconstituida (actas de policía judicial en delito contra la salud pública), en las que afirma que la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia «ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales»³³⁹.

También se sostuvo esta doctrina en la STC. 64/1986, de 21 de mayo, en el que un acusado de delito de prostitución fue condenado con base en declaraciones sumariales de cuatro testigos que no comparecieron el día del juicio y que recurre en amparo por entender que esas pruebas testificales así obtenidas vulneran la Constitución, recurso que rechaza el Tribunal Constitucional. Pero en esta sentencia el Alto Tribunal matiza lo dicho en la Sentencia 114/1984, al decir que la doctrina de la prueba prohibida se aplica a «*la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el*

no se produjo en este caso vulneración alguna de los derechos del recurrente recogidos en el art. 17.3 con ocasión de la realización de las pruebas de alcoholemia llevadas posteriormente al proceso penal ni en éste de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución)

³³⁹ En síntesis la STC. 303/1993 establece que es doctrina reiterada del TC sobre la presunción de inocencia la de que dicha presunción, en primer lugar, ocasiona un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente (y nunca a la defensa) probar los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 31/1981, 107/1983, 124/1983 y 17/1984) y, en segundo lugar, que dicha actividad probatoria ha de ser suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia, no solo de un hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (SSTC 141/1986, 150/1989, 134/1991 y 76/1993); finalmente, tal actividad probatoria ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con estricto respeto a los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 50/1986 y 150/1987), y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (SSTC 31/1981, 217/1989, 41/1991 y 118/1991). Ahora bien, de esta última doctrina general hay que exceptuar los supuestos de prueba sumarial preconstituida y anticipada que también se manifiestan aptos para fundamentar una Sentencia de condena siempre y cuando se observe el cumplimiento de determinados requisitos materiales (su imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral: art. 730 L.E.Crim.), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para la cual se le debe proveer de Abogado al imputado, cfr. arts. 448.1. y 333.1.) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730) [F.J. 3].

proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión». Quizás no tenga tanta importancia esta decisión, porque al fin y a la postre el resultado sería el mismo ya que la prueba quedaría excluida al haberse producido una vulneración de la prohibición de indefensión del art. 24.2 CE, por aplicación de la nulidad de los actos procesales (arts. 238 y ss. LOPJ), pero lo cierto es que al afirmar que la prueba prohibida sólo se puede producir en la fase de investigación del proceso penal, sienta una precisión discutible. Que ello sea lo usual no quiere decir que sea lo correcto, ya que, por ejemplo, también puede darse durante una investigación sumaria complementaria al amparo del art. 746-6º LECrim que se ordena en pleno juicio oral³⁴⁰. Por lo expresado hay que afirmar que tampoco es admisible que la misma vulneración de un mismo derecho fundamental en un proceso penal pueda estar sometida a dos regímenes jurídicos distintos.

Pero fue en 1994 cuando se dio un paso todavía más protecciónista, confirmando la expansión imparable de la teoría de la prueba prohibida desde su reconocimiento constitucional en 1984 y legal en 1985, pues es en ese año de 1994 cuando en un caso en el que se practicó una intervención telefónica acordada judicialmente por providencia de dos personas por sospecha de comisión de delitos contra la salud pública (tráfico de estupefacientes), la intervención fue prorrogada hasta dos veces por la policía sin que llegara la preceptiva autorización judicial que había solicitado, durante cuyo transcurso se descubrió el delito. El Tribunal Constitucional sienta en su Sentencia núm.

³⁴⁰ 746 LECRm. Procederá además la suspensión del juicio oral en los casos siguientes:... 6.º Cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria

85/1994, de 14 de marzo, la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida, reconociéndola en el Derecho Procesal español, de modo similar a como ocurrió con otros tribunales americanos y europeos. Debe decirse- a modo de anticipo- que esta “aplicación pura” de la doctrina del árbol envenenando en España duró poco, un año aproximadamente en que el Tribunal Constitucional neutralizó su criterio y comenzaron las restricciones y excepciones como se verá más adelante.

De acuerdo con esta sentencia, en donde la cuestión clave fue si había existido o no vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los condenados, y por tanto, la prueba de su delito se habría obtenido ilícitamente, el Tribunal Constitucional, después de afirmar que la prueba se había obtenido con vulneración del art. 18.3 CE, porque la primera autorización judicial de la intervención telefónica se había efectuado sin motivación, lo que impidió conocer si la medida era proporcionada, sin entrar a considerar que las prórrogas de la intervención telefónica no habían sido autorizadas judicialmente, sin duda por la vigencia del precepto legal entonces (art. 579 LECrim), hoy ya reformado en ese sentido, y teniendo en cuenta que es como consecuencia de la conversación telefónica como la policía llega a saber que una niña iba a recoger un paquete del domicilio de los recurrentes para llevarlo a su casa, que la propia policía deduce que es droga -como así fue, heroína de gran pureza-, sienta la siguiente doctrina:

«...Así pues, la ocupación de la droga a la menor no es valorada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio que, en unión de la transcripción de las cintas

grabadas por la policía y de la interpretación de los términos en ellas empleados, articula el razonamiento lógico utilizado para fundamentar la condena en la existencia de una prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando como es el caso, dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando «algo» desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho este del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones..”.

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...»

Puede decirse que estamos ante la primera sentencia en donde se determinan claramente los efectos de la estimación de la demanda de amparo en un caso de prueba prohibida, pues no sólo se excluye la prueba del proceso -en este caso la conversación telefónica ilegal-, sino también la que es su consecuencia (aquí la prueba indiciaria, a saber, la ocupación de droga a la

menor de edad), con el resultado de que el Tribunal Constitucional anuló las dos sentencias impugnadas, la de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo, o lo que es lo mismo, materialmente ello supuso la libre absolución de los dos condenados.

De esta manera, lo que se hace es reconocer en nuestro sistema procesal penal la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, que, por cierto, no es recogida así por la sentencia, pero que indudablemente conlleva los mismos efectos. Aunque fue el Auto Tribunal Constitucional núm. 155/1999, de 14 de junio, el que se refirió por vez primera de manera expresa a esa terminología estadounidense tan plástica en el seno del Tribunal Constitucional.

Más de dos años antes nuestro más alto tribunal ordinario en la Sentencia del Tribunal Supremo-Sala Segunda- núm. 814/1992, de 7 de abril, había traído esa terminología extranjera a nuestra práctica judicial, que ha sido luego seguida sin alteraciones por el Tribunal Supremo, a veces refiriéndose a ella como doctrina de «efecto dominó»³⁴¹.

En el sentido corrector de la doctrina precedente y voluble de la Jurisprudencia, destacamos, asimismo, la doctrina sentada por la Sentencia del

³⁴¹ F J. 5.-Afirmada la legitimidad constitucional de los Autos de incomunicación decae la pretendida nulidad de las declaraciones de los procesados realizadas en situación de incomunicación por haberse obtenido esta prueba con violación de sus derechos fundamentales (motivos segundo y tercero). Igualmente carece de fundamento la alegación de nulidad de las declaraciones realizadas ante el Juez de instrucción en cuanto derivadas de las realizadas en situación de incomunicación (motivos segundo y tercero), no sólo porque, como se ha expuesto, las declaraciones realizadas ante la policía no adolecen de la ilicitud constitucional que se les atribuye, sino porque la aplicación de la doctrina del «árbol envenenado», que este Tribunal ha admitido para los casos de pruebas obtenidas a través de intervenciones de las comunicaciones vulnerando el derecho al secreto de las mismas, no supondría la automática consideración de la prueba derivada como constitucionalmente ilícita, sino que habría que analizar si las pruebas posteriores a las iniciales, valoradas como vulneradoras de garantías constitucionales, son jurídicamente independientes de aquéllas, pues ello permitiría su ponderación como pruebas de cargo (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4.o; 54/1996, fundamento jurídico 9.o; 81/1998, fundamento jurídico 4.o; 121/1998, fundamento jurídico 6.o; 151/1998, fundamento jurídico 3.o; 49/1999 fundamento jurídico 14).

Tribunal Supremo 448/1997, de 4 de marzo que despliega y parte de la doctrina de la prueba refleja, analizando desde dicha perspectiva el art. 11.1 de la LOPJ. , aunque ya añade e introduce excepciones que impiden una aplicación de la doctrina del árbol envenenado, como en este supuesto lo es la excepción de la prueba independiente. Pertenece a un tiempo (1997) en que el Tribunal Supremo ya había comenzado a introducir excepciones para evitar la eficacia de la aplicación de la prueba refleja. Estos límites a la prueba ilícita poseían un origen netamente norteamericano e iniciaron un significativo efecto expansivo en la doctrina del Tribunal Supremo, que consideramos que puede ser una precursora antesala indirecta de la doctrina del Tribunal Constitucional de 1998, que interceptaba y frenaba en España de modo definitivo la aplicación de la prueba refleja y por tanto del art. 11.1. de la LOPJ al instaurar la excepción de la conexión de antijuridicidad por medio de la STC. 81/1998.

De la Sentencia expresada del Tribunal Supremo núm. 448/1997 de 4 de marzo subrayamos.....” *El art. 11.1 de la LOPJ dispone que en todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (Deterrence effect).”*

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 deriven 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.

Explicita la resolución que el efecto expansivo, prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ, únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada), con prueba independiente (sin conexión causal).

En la referida Sentencia del Tribunal Supremo, se hace remisión a otras Sentencias (STS 985/1996, de 27 noviembre) para diferenciar las infracciones de legalidad ordinaria de las de ámbito constitucional, así podemos citar que “*La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1º de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los supuestos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que como dispone expresamente el citado precepto y ha reiterado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se concretan en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, y no se extienden a los supuestos de infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aun por la vía de calificarlos de infracciones «indirectas» del derecho a un proceso con las debidas*

garantías del art. 24.2 de la CE pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal”.

Por otro lado la Sentencia trata de advertir de posibles consecuencias negativas ante la expansión incondicional del art. 11.1 LOPJ, y se remite a su doctrina(STC 86/1995, de 6 junio), expresando que “*Por otra parte una ampliación forzada de los supuestos de aplicación del efecto expansivo del art. 11.1.º de la LOPJ podría producir el efecto contraproducente o perverso de debilitar su efectividad, dando entrada a la valoración de pruebas diferentes como si fuesen pruebas independientes..».*

La interpretación extensiva - la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado-, se mantuvo en su cota protecciónista más alta durante muy poco tiempo, hasta 1995, año inmediatamente posterior a la asunción jurisprudencial de la teoría de la eficacia refleja, como acabamos de ver, lo que indica que la jurisprudencia española no tardó mucho tiempo en darse cuenta de que en la práctica la adopción de la doctrina refleja podía dejar impunes crímenes de extrema gravedad y de gran impacto en la sociedad. Por este motivo empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, sólo centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto hallando una vía para que no todas las pruebas derivadas o existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícita, fuesen fruto del árbol envenenado.:

Y lo hizo estableciendo tres criterios restrictivos, uno sentado por el propio Tribunal Constitucional, la llamada excepción de prueba jurídicamente

independiente, y los otros dos instaurados por el Tribunal Supremo, la excepción del descubrimiento inevitable y del hallazgo casual. Tampoco en ello ambos altos tribunales españoles aportaron nada nuevo, como veremos, pues el Tribunal Supremo Federal de USA ya se les había adelantado, y tenemos el convencimiento de que nuestros tribunales importaron su doctrina restringida.

2. La excepción de prueba jurídicamente independiente.

La primera de las excepciones fue establecida, como hemos dicho, por el Tribunal Constitucional. Se recoge en la STC. 86/1995, de 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública -tráfico de drogas- con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El Tribunal Constitucional a pesar de reconocer, como hizo el Tribunal Supremo en su día, que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado.

El Tribunal Constitucional todavía no había sentado su doctrina de la conexión de antijuridicidad. Sería como sabemos en su Sentencia 81/1998 de 2 de abril-, razón por la que la prueba de «confesión» del acusado tiene unas consecuencias distintas en la Sentencia que comentamos.

El Tribunal Constitucional no revoca su propia doctrina. Los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal constituyen prueba prohibida y por tanto, ni directa ni indirectamente pueden fundar una condena de los acusados, debiendo ser excluidos del proceso, pero, y aquí viene la novedad, que limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el garantismo que, con la doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada en la práctica se pretendía conseguir: si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia.

En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia, y por tanto y en definitiva del proceso, con la consiguiente absolución de los acusados, sino muy al contrario, sólo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda.

Sucederá entonces que si hay prueba válida independiente, nos encontraremos con algunos frutos envenenados, pero subsistirán otros sanos no contaminados.

La excepción de prueba independiente (en inglés *independent source*) tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, y en concreto en el caso *Wong Sun de 1963*³⁴². Pero esta teoría es muy débil e inconsistente, porque no

³⁴² El Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Wong Sun vs US7* de 1963, sostuvo que la confesión voluntaria la independiza jurídicamente de la prueba obtenida con lesión de un derecho fundamental. El caso es el siguiente: la policía de estupefactores registró ilícitamente la lavandería de un Sr. Llamado Toy, en cuyo registro Toy indicó que el Sr. Yee estaba vendiendo narcóticos. Los agentes registraron a continuación el domicilio de Yee y encontraron la droga. Yee hizo un trato para denunciar a su

siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera. Es más, en el caso citado el propio Tribunal Constitucional reconoce que el co-acusado confesó ante la evidencia de los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de la intervención telefónica ilegal, pero resta valor a este hecho y se lo da a la naturalidad de la confesión, obtenida después de ser advertido de las consecuencias por la policía y prestada ante su abogado.

Esta doctrina fue confirmada casi inmediatamente por la STC 54/1996, de 26 de marzo en otro caso de intervención telefónica ilegal por delito de terrorismo, cuyos resultados probatorios fueron declarados prohibidos, pero insuficientes para enervar la presunción de inocencia al existir prueba testifical de cargo independiente que la desvirtuaba, así como una declaración del propio acusado reconociendo un hecho de cargo. Y también, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2000, de 17 de enero, en un caso de tráfico de drogas en el que se produce un registro domiciliario ilegal, pero cuyos resultados son corroborados mediante pruebas testificales válidas y declaraciones de co-imputados. Esta doctrina es seguida hoy en día literalmente por el Tribunal Supremo español.

proveedor Wong Sun, que resultó ser un importante empresario, al que se le recibió declaración, negando los hechos. Tras abandonar la Comisaría Wong Sun regresó voluntariamente para hacer un trato con la policía, confesando la infracción. En el juicio la declaración de Toy y el descubrimiento de las drogas fueron excluidos como frutos del árbol envenenado, porque el registro fue hecho sin mandamiento judicial. El Abogado de Wong Sun argumentó que su confesión también debería ser excluida por tal razón, pero el Tribunal afirmó que en este caso la regla de exclusión tenía una excepción, porque Wong Sun había regresado voluntariamente a la Comisaría de Policía para hacer su confesión, un acto que atenuaba o rompía la cadena de evidencia, por lo que tal confesión era admisible como prueba.

En mi opinión esta teoría resulta ser frágil y poco sólida, porque es fácil argumentar sin mayores compromisos doctrinales que la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera. Se trata de que en determinados supuestos el juez o Tribunal pueda entender que ante una prueba ilícita, por ejemplo una entrada y registro que sea declarada inconstitucional y que en sí sus derivaciones de otras pruebas fuesen igualmente no válidas para enervar la presunción de inocencia, se pueda formular un razonamiento que una determinada prueba nula derivada del registro ilegal, pueda ser tildada de prueba independiente y de ese modo pudiese ser valorada como prueba apta para sostener un condena, con lo que los cánones de la sana crítica y experiencia del Juzgador estarían justificando la valoración o conversión de una prueba ilícita

3. La excepción del descubrimiento inevitable

La segunda de las excepciones proviene, no del Tribunal Constitucional sino del Tribunal Supremo , que, en su Sentencia 974/1997, de 4 de julio , estableció en un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos y relacionados como consecuencia de una intervención telefónica ilegal -a los que se habría llegado de todas maneras por vías procesales lícitas- otra restricción mucho más importante y más allá en las limitaciones de la eficacia refleja, en los siguientes términos tras recordar su propia doctrina anterior:

Por un lado hace mención a la ya existente controversia en la fecha de la Sentencia acerca de la interpretación y valoración del art. 11.1. LOPJ, y en

dicho sentido expresa: «...*El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal)*».

Con el fin efectuar un deslinde entre derechos fundamentales y legalidad de ámbito ordinario, afirma que la enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1º de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que dicho efecto expansivo resulta aplicable, que se deben concretar en los supuestos de violación de los derechos y libertades fundamentales, sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones «indirectas» del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la CE.

Aborda el Tribunal acto seguido el aspecto de las limitaciones que se viene aplicando a la prueba ilícita penal y se centra en el tema debatido. En concreto sobre la nueva excepción, enuncia que en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita se halla acorde con la doctrina del «*descubrimiento inevitable*». Lo justifica al declarar que 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 entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor».

El Tribunal Supremo expone 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, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

Para denegar la aplicación de la doctrina refleja a las alegaciones del recurrente de que las pruebas adquiridas con ocasión de la intervención policial en la operación de entrega de la mercancía ilícita, expresa que 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.

El Tribunal Constitucional declara que no puede prosperar argumentando que las referidas pruebas *habrían sido ineludiblemente descubiertas de una fuente sin tacha*, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuadamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención.

El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita, añadiendo que sin duda alguna el

inevitable discovery proviene del caso *Nix v. Williams* de la jurisprudencia norteamericana, de 1984³⁴³.

El Tribunal fundamenta la excepción declarando que es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita - v.gr., mediante prueba testifical- , de que un hecho ha existido, aunque se haya conocido ese mismo hecho por la prueba ilícita - intervención telefónica- , o por la prueba derivada - declaración de coimputado- , que también es ilícita («*indirectamente*»), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. En este supuesto cuando por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo se elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según nuestro Tribunal Supremo, la condena del acusado.

En opinión de GÓMEZ COLOMER esta excepción también es criticable, porque la presunción de inocencia solamente puede desvirtuarse mediante pruebas lícitas, y además, como ocurre con la excepción de la prueba independiente, no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido inevitable o no.

Su mayor fragilidad reside en que en función del caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados³⁴⁴.

³⁴³ Williams fue detenido por el asesinato de una niña de diez años de edad. Dejó su cuerpo escondido en un camino de grava. Los funcionarios encargados de la investigación participaron en una búsqueda masiva para encontrar el cuerpo de la niña. Durante la búsqueda, después de responder al requerimiento de un agente, Williams hizo declaraciones a la policía (sin un abogado presente), que ayudó a encontrar a los participantes en el rastreo el cuerpo de la niña. Los Derechos Miranda del acusado se los leyeron sólo después de su detención. El Tribunal se basó en la "doctrina de descubrimiento inevitable", y sostuvo que la regla de exclusión no se aplica al cuerpo de la niña como prueba porque ya estaba claro que los equipos de búsqueda voluntarios hubiesen descubierto el cuerpo incluso sin las declaraciones de Williams.

Además a la teoría del descubrimiento inevitable se le puede oponer la siguiente censura doctrinal:

- No sólo pone en entredicho la presunción de inocencia y un proceso justo- éste en realidad deja de serlo- sino que al existir verdaderas fuentes de prueba con notoria obtención ilícita no se debe extraer ninguna derivación lícitamente constitucional una vez declaradas ineficaces y excluidas del acerbo probatorio.
- Más incertidumbre produce el hecho de que una exclusiva y débil prueba derivada doctrinalmente se reconvierta en prueba independiente, sirva para que el Tribunal pueda afirmar con especie de fórmula disponible al efecto y caso que “*inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de..*”

Creo que lo aquí sucede es muy sencillo y discordante, pues unos hechos inciertos y aleatorios de futuro se están acuñando como ciertos y seguros en el presente de la prueba y de su valoración. Por tanto, salvo que sirva de justificación la línea progresiva de la defensa de la sociedad a costa del recorte de garantías por razones de seguridad colectiva, no se puede sostener con planteamientos primordiales de lógica jurídica-procesal.

³⁴⁴ GÓMEZ COLOMER JL. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español*. Valencia 2008. Edit. Tirant lo Blanch, p. 15

4. La excepción del hallazgo casual

La última de las excepciones proviene también del Tribunal Supremo, que en su Sentencia 1313/2000, de 21 de julio, ha determinado que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita³⁴⁵.

No es que trate por vez primera aquí los efectos jurídicos del hallazgo casual, sino que es en esta sentencia en donde lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y lo ha hecho en un caso en que se juzgó un delito contra la salud pública, en que se conoce la prueba independiente de manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa, en los siguientes términos:

«...En el presente caso, por lo tanto, la motivación resulta suficiente, dado que -como lo reconoce la defensa- no sólo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al folio...de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas ...».

El Tribunal seguidamente hace referencia a las alegaciones de la defensa del recurrente, quien ha señalado la utilización de este hallazgo formal

³⁴⁵ Resulta patente que el Tribunal Supremo continúa una singladura de ampliación e introducción en su Jurisprudencia de más excepciones a la prueba ilícita, y es posible que entre otros motivos, entienda como ya ha dicho diferentes veces el Tribunal Constitucional - siguiendo a la doctrina americana- que no existe ningún derecho fundamental que prohíba la admisión de pruebas ilícitas. Como tal regla o prohibición probatoria, pues, la Constitución española no recoge ninguna entre sus disposiciones.

con carácter concluyente para demostrar la ilicitud del procedimiento por el que se han obtenido las pruebas.

Se da respuesta en la resolución refiriendo que en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. Se cita y fundamenta en el parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), que prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye, en principio, la utilización en otro proceso, pero admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPrP (ver art. 270 del mismo código).

El Tribunal Supremo adopta la conclusión de que el uso de estos hallazgos casuales pudo ser utilizado en la presente causa.

Por otro lado se matiza que en el espacio y entorno del derecho procesal europeo se denomina la doctrina de los hallazgos casuales.

A raíz de los comentarios precedentes, creo que puede existir cierto parangón en su aplicación con la teoría americana del hallazgo inevitable o también descubrimiento inevitable –*inevitable discovery*- pudiendo prestarse a cierta confusión. No son iguales pero de algún modo pueden tener su origen en una filosofía doctrinal común. Siguiendo la jurisprudencia norteamericana, en la teoría del descubrimiento inevitable una prueba ilícitamente obtenida es susceptible de apreciación siempre y cuando la autoridad judicial acredite que,

en virtud a la inminencia y la exhaustividad de las labores investigativas, se pueda concluir que de todas maneras la prueba hubiese sido obtenida con el uso de medios lícitos. En la jurisprudencia procesal europea la doctrina del hallazgo casual establece que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en los que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas o cualquier otra restricción de derechos fundamentales, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho.

En cuanto a la Jurisprudencia española, tiene declarado que aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate³⁴⁶.

Entiendo que casualmente hallado puede ser entendido en el curso de la investigación como inevitablemente hallado, en el sentido de que las pruebas en ambos casos son halladas mediante el curso de una investigación lícita abierta.

Por otro lado en la STS 21 de mayo de 2002 se determina que(...):

“Junto a la tesis de los hallazgos casuales, puede aplicarse al caso que nos ocupa igualmente la teoría del descubrimiento inevitable. En síntesis en las dos direcciones jurisprudenciales allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos tanto causal como inevitablemente investigando³⁴⁷.”

³⁴⁶ STS de 18 de febrero de 2002.

³⁴⁷ Es posible inferir que la doctrina europea se haya inspirado en la americana, tanto en la *exclusionary rule* como el sistema de limitaciones o excepciones. La doctrina de la regla de exclusión de EEUU es históricamente la genuina y fundadora.

En España traemos a colación al Auto del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 que ha precisado y destacado que: «...*En efecto, en esta sede, nos encontramos ante la problemática de los «hallazgos casuales» y su relación con la licitud en la obtención de las pruebas, situación que ya fue resuelta de manera independiente por la Sala de instancia mediante Auto de 5 de diciembre de 2001*».

Enuncia el Tribunal Supremo en el citado Auto que el hecho de que aparezcan en una diligencia de entrada y registro efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas de las investigadas, no supone que queden desamparados los derechos de los afectados, pues la decisión judicial cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio

Y en la línea de argumentar la problemática de los hallazgos casuales, el Tribunal Supremo describe que a menudo sucede que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal, y se citan como casos paradigmáticos armas, facturas o dinero falso. En dicha situación, la jurisprudencia ofrece distintas soluciones. Así, la Sentencia de 4 de octubre de 1996 admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante.

La teoría de la flagrancia ha sido utilizada para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos

17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente adición³⁴⁸.

El Tribunal Supremo ha sostenido en otros precedentes que aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate, añadiendo que esto es lo que sucede en el caso sometido a consideración casacional: el hallazgo de la droga en el pantalón de la acusada, en el curso de la diligencia de entrada y registro es un hallazgo que, aunque se conceptuase como no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguna nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del Secretario Judicial, que fedataba la diligencia, y la detenida fue interrogada judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien³⁴⁹.

En la antes citada STS de 21 de mayo de 2002, el Tribunal Supremo declara que igualmente en el caso analizado de la tesis de los hallazgos casuales se puede aplicar la teoría del descubrimiento inevitable.

Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la

³⁴⁸ STS de 4 de marzo de 2003.

³⁴⁹ STS de 18 de febrero de 2002.

terminología del Tribunal Constitucional, «conexión de antijuridicidad», que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición. (STS 21 de mayo de 2002).

De la doctrina de la citada Sentencia del Tribunal Supremo se desprende que la prueba hallada casualmente queda sometida al principio de contradicción en el juicio oral para que pueda ser considerada lícita y valorada judicialmente, de manera que los agentes de policía que la encontraron deben comparecer en el mismo como testigos. A partir *de* esta fecha (21-mayo-2002) dicha doctrina se mantiene invariable por el Tribunal Supremo español.

De lo expuesto se puede afirmar que constituye por tanto otra excepción relevante a la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida.

En realidad si somos un poco observadores, y el propio Tribunal Supremo lo intuye como acabamos de citar, estamos ante una variedad de la teoría del descubrimiento inevitable, en donde el hallazgo casual elimina la conexión de antijuridicidad y por tanto convierte a la prueba descubierta casualmente, es decir, de alguna manera inevitablemente, en prueba de cargo válida para condenar.

A la luz de estos antecedentes jurisprudenciales y siguiendo la línea de comparación entre ambas doctrinas considero que es viable afirmar que la doctrina europea y española de los hallazgos casuales posee una significativa

analogía con la teoría americana del hallazgo inevitable o también descubrimiento inevitable. Como deducción opino que la fuente y origen de la tesis de los hallazgos casuales la situamos históricamente en la jurisprudencia norteamericana de la *inevitable discovery*.

III. EL GIRO HACIA LA RESTRICCIÓN EN FORMA DE EXCEPCIONES. REDUCCIONISMO GARANTISTA Y ÚLTIMAS LIMITACIONES

1. Antecedentes

El estado actual de la cuestión es más restrictivo todavía, en la teoría y en la práctica, porque según estamos desglosando es a partir de 1998 cuando el Tribunal Constitucional español ha confirmado la tendencia claramente reduccionista en esta materia, negando no sólo cualquier posibilidad de expansión a la doctrina de la prueba prohibida, sino también y lo que es más grave, que al menos se conserve lo que se había logrado hasta ahora. El reduccionismo garantista se produce al abrirse por el Tribunal Constitucional tres frentes distintos nuevos, en realidad uno sólo del que se derivan los otros dos, que o bien implican cambios jurisprudenciales sobre doctrina ya asentada de la prueba prohibida, o bien otras excepciones, además de las ya estudiadas, a la doctrina de los frutos del árbol envenenado que anulan por completo la eficacia refleja³⁵⁰.

³⁵⁰ En síntesis, cabe decir que desde 1998 y en aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional español ha confirmado la tendencia claramente reduccionista y además también ha dejado de aplicar la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

No son ajena a ello consideraciones utilitaristas y de economía procesal ya que las nuevas doctrinas pretenden también salvar el proceso. Como la decisión sobre si una prueba era prohibida o no se podía tomar por el tribunal hasta el final, es decir, una vez practicada la prueba en el juicio oral en el momento de sentenciar, la declaración de nulidad era la peor situación procesal de las imaginables, puesto que de nada había servido todo lo actuado con anterioridad. Quizás por ello la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, que es supletoria para todos los procesos (art. 4), estableció en su art. 287 una norma de gran trascendencia, a la vista de la evolución que estamos comentando, porque fijó el modo de hacer valer inmediatamente en el proceso la vulneración de derechos fundamentales, tanto en la obtención como en el origen de alguna prueba admitida, norma que se complementa con lo dispuesto en el art. 230 sobre nulidad, al reconocerse la máxima de conservación de los actos procesales.

Veamos pues las últimas restricciones y limitaciones de la regla de exclusión o prueba ilícita en general.

2. La excepción de la conexión de antijuridicidad. Orígenes en EEUU.

Dentro del presente capítulo referido a España hacemos referencia a la conexión de antijuridicidad que innova y crea la conocida Sentencia 81/1998 del Tribunal Constitucional de 2 de abril, aunque dada su transcendencia y actualidad en nuestro sistema, será también objeto de tratamiento con diferentes enfoques y planteamientos en otros apartados y epígrafes.

Al hacer inicialmente un somero análisis jurídico y doctrinal de esta teoría debemos partir del punto de inflexión que supuso en los derechos fundamentales propios del proceso penal. Además, entiendo que cabe resaltar que ulteriormente a esta Sentencia, no existe nada novedoso ni destacado al respecto. Como mucho a continuación de abril de 1998 la doctrina jurisprudencial ha creado algunos matices y cuestiones para debate, aunque no se ha producido ni procedido a ninguna ampliación que involucrase al Tribunal Constitucional en un análisis y desarrollo real de las garantías del proceso penal. Más bien, todo lo contrario: estancamiento, retroceso y múltiples aportaciones de límites y excepciones de la regla de exclusión. Éste es el sucinto perfil doctrinal de la Sentencia de 1998.

La conexión de antijuridicidad se recoge por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril. En este caso el Tribunal Constitucional deniega el amparo a un condenado por delito contra la salud pública - tráfico de drogas- , habiéndose realizado en el proceso una intervención telefónica ilegal, pero existiendo cuatro testigos - guardias civiles- y habiéndose aprehendido la droga con ocasión del dispositivo de vigilancia montado que acabó en su detención, operación que se articuló por lo escuchado durante la intervención telefónica.

La cuestión, por tanto, era decidir si la conexión causal existente en las últimas pruebas las contaminaba por la intervención ilegal o si, al contrario, podían fundar la condena por ser jurídicamente independientes. El Tribunal Constitucional razonó, en esencia, lo siguiente:

«...En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la

vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible..."

En este caso la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones debido a que se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Declara que las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas y que para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas -conexión de antijuridicidad- En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

La conexión de antijuridicidad es sin duda, además de una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente (inspiración en EE.UU.) que ya conocemos, la excepción más importante a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (teoría de los frutos del árbol envenenado) y algún sector doctrinal afirma no sin razón que, de hecho, esta

excepción significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal³⁵¹.

La conexión de antijuridicidad se funda, pues, en que una prueba derivada lícita es fruto del árbol envenenado si existe una relación causal entre la prueba independiente y la ilícita (una relación natural entre ellas de manera que la primera se obtenga de la segunda), y si además existe también una conexión de antijuridicidad (las dos pruebas son ilegítimas constitucionalmente).

Esta doctrina ha sido mantenida posteriormente en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y seguida prácticamente sin matices por el Tribunal Supremo español. Éste ha efectuado un preciso e interesante resumen de la teoría de la conexión de antijuridicidad en la STS. 9/2004, de 19 de enero, en un caso de un delito contra la salud pública en que se ordenó una intervención telefónica sin declarar secretas las actuaciones procesales, en los siguientes términos:

De tal sentencia 81/1998 extraemos los siguientes elementos que pueden tenerse en cuenta para elaborar ese juicio de conexión de antijuridicidad:

- La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.

³⁵¹ González Cussac, J.L. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia 2008, pag. 2

- El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.
- Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.
- Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad.
- Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o sólo un mero error en sus autores, habida cuenta de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error.

Nuestro Tribunal Supremo, con relación a este tema, ha dictado sentencias importantes en algunos casos que matizan conceptualmente la conexión de antijuridicidad (STS 1203/2002, de 18 de julio STS 28/2003, de 17 de enero de 2003) , pero advierte de las cautelas que han de observarse al ser utilizada dicha doctrina, y por ello declara la necesidad de manejar con suma precaución la doctrina de la denominada «conexión de antijuridicidad» utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (SSTC 161 y 171/1999, ambas de 27 de septiembre y 8/2000, de 17 de enero, entre otras), y acogida en ocasiones por esta Sala (por ejemplo, STS. de 20 de Abril de 2001).

Consideramos que esta doctrina también proviene de la jurisprudencia norteamericana pues estamos ante *el deterrent effect* (efecto disuasorio) que funda la excepción. Es una creación española con materias primas de USA.

Se achaca doctrinalmente a esta sentencia (STC. 81/1998 de 2 de abril) que el Tribunal Constitucional se haya valido de una construcción artificiosa para evitar impunidad: Un fallo técnico en el proceso, no puede dejar a un asesino libre. Puede significar también una ampliación desmesurada de las excepciones, pues dados los términos en los que ha sido formulada, las posibilidades de hallar casos en los que no existan las conexiones de antijuridicidad exigidas son teóricamente muchas³⁵².

3. La excepción de confesión voluntaria del inculpado

Esta excepción es consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad. Sin negar su validez anterior a 1998 como prueba independiente, un cambio jurisprudencial importante se produce después de sentar el Tribunal Constitucional su teoría de la conexión de antijuridicidad en ese año, como hemos visto, precisamente para establecer un supuesto claro en que no se da esa conexión.

Así es, la excepción de confesión voluntaria del inculpado se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/1999, de 27 de septiembre, en un caso por delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en el que se halló la droga y los utensilios para su preparación y venta como consecuencia

³⁵² Gómez Colomer, J.L. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. p. 24

de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el Tribunal Constitucional sentenció que la «confesión» (en realidad admisión de los hechos criminales) voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado. En palabras del propio Tribunal Constitucional:

“La ilicitud constitucional del acto de investigación ejecutado en fase de instrucción tiene pues una consecuencia jurídica añadida: la exclusión probatoria cuyo alcance se detalla en dichas resoluciones, que son expresión de la doctrina sentada en las SSTC 114/1984, 81/1998 y 49/1999. Pero el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria no tiene en sí mismo consecuencias fácticas, es decir, no permite afirmar que «no fue hallada la droga» o que la misma «no existe, porque no está en los autos». Los hechos conocidos no dejan de existir como consecuencia de que sea ilícita la forma de llegar a conocerlos. Cuestión distinta es que esos hechos no puedan darse judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías”.

Acto seguido el Tribunal ilustra la precedente declaración, exponiendo que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parte de su existencia. Precisamente,

el juicio acerca de si la presunción de inocencia ha quedado o no desvirtuada consiste en determinar si dicho relato fáctico está o no acreditado con elementos de prueba constitucionalmente admisibles.

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución expresa que de las actuaciones se desprende que sobre el inculpado confeso (recurrente) no se ha ejercido compulsión o constricción alguna, para que declarara en determinado sentido.

El Tribunal Constitucional amplía relatando que el análisis no puede detenerse en este punto pues se alega una suerte de error en el que habría incurrido al creer que se iban a utilizar contra él las pruebas derivadas del registro que evidenciaban la tenencia de la droga. Según el razonamiento del Tribunal Constitucional de haberse declarado en el primer momento la invalidez de la entrada y registro, sus manifestaciones hubieran sido otras, y otra hubiera sido su estrategia defensiva.

En otro apartado declara que el acusado admitió voluntariamente la tenencia de la droga: *"Al margen de que no puede este Tribunal reconstruir los hechos a partir de acontecimientos que no sucedieron, lo cierto es que el acusado hizo sus manifestaciones después de haber impugnado el registro de su vivienda, y consciente de que aún podía impugnarlo a través de otros remedios jurídicos -el recurso de casación contra la condena, y eventualmente el recurso de amparo-, por lo que su decisión de admitir la tenencia de la droga fue voluntaria y no el fruto de compulsión alguna"*.

Declara que el recurrente pudo haber guardado silencio, incluso pudo haber mentido. Fue advertido expresamente en este sentido y, desde luego,

había sido previamente asesorado cuando declaró en el acto del juicio oral en presencia de su Letrado. Sus manifestaciones, tendentes a acreditar la tenencia para el propio consumo, fueron fruto de una estrategia de defensa voluntariamente adoptada a la vista de las circunstancias jurídicas y fácticas concurrentes en ese momento, por ello no puede apreciarse la lesión que se invoca.

Mantiene que la declaración del acusado por la que reconocía ser propietario de la droga y demás efectos encontrados en el registro, no resulta, en sí misma, contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni, por ello, al derecho a un proceso con todas las garantías.

Se plantea si la respuesta a la queja del recurrente exige determinar si efectivamente la prueba utilizada para fundar su condena es el resultado directo de la lesión de un derecho fundamental o si ha sido obtenida a partir del conocimiento adquirido con el acto lesivo y guarda con éste la conexión de antijuridicidad que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, justifica constitucionalmente su exclusión.

El Tribunal Constitucional despeja la primera de los interrogantes resolviendo en sentido negativo y describe para ello que la declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues la lesión de un derecho fundamental lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos, y a tal resultado ya ha sido extendido por el Tribunal Supremo el efecto invalidante a efectos probatorios que genera la previa lesión de la inviolabilidad domiciliaria - tal y como se estimó en las SSTC 94/1999 y 139/1999-.

Entiende el Tribunal que este razonamiento es insuficiente en términos jurídicos. Se remite a su exposición en las SSTC. 81/1998, 49/1999, 94/1999 y 134/1999, esclareciendo que la conexión causal es requisito necesario para que se extienda el efecto invalidante, pues si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible, no es un requisito suficiente para declarar la exclusión probatoria pretendida.

Más adelante expone que el criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causalmente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no se cifra en determinar si entre unas y otras existe una conexión de antijuridicidad. Cita y se remite a su STC 49/1999 en la que se resumía su doctrina: «*Hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho, 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 exige*».

Refiere que los aspectos interno y externo son complementarios, al razonar que 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 (STC 11/1981, fundamento jurídico 8º).

Desestima la queja del recurrente en función de la aplicación de esta perspectiva de análisis al supuesto enjuiciado, expresando que se aprecia que la declaración del recurrente admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. El Tribunal detalla que esta conclusión se apoya en varios motivos:

- Al acusado, y previamente al imputado, se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Su declaración, si es en situación de privación de libertad, se lleva a cabo con asistencia letrada, ex art. 17.3 CE. La misma garantía concurre si se presta en el juicio oral como medio de prueba frente a una pretensión de condena, ex art. 24.2 CE. Ambas garantías constituyen un eficaz medio de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y por ello, el contenido de las declaraciones del acusado y, muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena.
- Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar cuándo han sido respetadas, 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. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada.

- La validez de la confesión, según la STC 86/1995 de 6 de junio, al analizar un supuesto en parte similar al presente, «no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención». De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su *propia naturaleza es independiente* de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación. Estos riesgos concurren en mayor medida cuando el derecho fundamental cuya lesión se aduce es alguno de los que, al regular las condiciones en que la declaración debe ser prestada, constituyen garantías frente a

la autoincriminación (declarar sin Letrado, en situación de privación de libertad, o sin previa advertencia de la posibilidad de callar).

Con sustento en todas las precedentes consideraciones, el Tribunal concluye declarar razonable y justificada la decisión del Tribunal Supremo que consideró la declaración del acusado como prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria y por ello prueba válida, por haber sido obtenida con todas las garantías, para fundamentar su decisión de condena, lo que conduce a rechazar la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Debemos precisar, en resumen, que en esta sentencia se establece que la doctrina en cuya virtud se produce la confesión voluntaria del culpado, dados los requisitos establecidos en la misma, rompe la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original. Al ser prueba válida, mediante la confesión voluntaria se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito.

Dicha doctrina es seguida por el Tribunal Supremo. Es susceptible de muchas críticas, ya que en la práctica los datos confesados suelen provenir directamente y estar íntimamente relacionados con los obtenidos de forma ilícita. Pero el problema más grave quizás sea el de la voluntariedad de la confesión, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo por ejemplo, en su Sentencia 1048/2004, de 22 de septiembre, en otro caso de tráfico de drogas, en los siguientes términos:

«...*Esta situación nos reenvía al problema relativo al valor que debe dársele a la declaración autoincriminatoria del penado y a su valor como prueba autónoma e independiente no afectada por la nulidad decretada de las escuchas telefónicas...*”

Se trata de una cuestión que en diversas ocasiones ha sido traída a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional.

En este sentido es acorde señalar con la STS 498/2003 de 24 de abril, en un caso del todo idéntico al que ahora nos ocupa en el que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11-1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación, tendente a establecer el hecho en el que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas, que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien, en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, de suerte que si las pruebas incriminatorias -en palabras de la STC 161/99 de 27 de septiembre- «*tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena (a la vulneración del derecho fundamental), su validez y la consiguiente posibilidad*

de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible».

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, tratando de concretar el ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba prohibida establece que es la causalidad jurídica entre la prueba prohibida y la derivada, la determinante de la nulidad de ésta, y no la mera causalidad material o natural, de suerte que, siguiendo con la sentencia antes citada, el argumento de que de no haberse registrado la vivienda, no se habría encontrado la droga y de no haberse encontrado ésta, no se le habría recibido declaración al que luego resulta condenado por haber reconocido que la droga era suya, no es aceptado por el Tribunal Constitucional para extender los efectos de la prueba nula a tal declaración «*este argumento es insuficiente en términos jurídicos*»³⁵³,

En idéntico criterio, la también STC. 86/95 de 6 de junio -anterior a la citada- y también en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró la aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

³⁵³ Concluye, refiriéndose a las SSTC 81/98, 49/99, 94/99 y 134/99 en el mismo sentido.

Del mismo modo puede citarse la STC. 239/99 de 20 de diciembre, en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la declaración del condenado sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, confesión que fue prestada en el plenario, y la nulidad del registro domiciliario en el que fue hallada, no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio³⁵⁴.

En definitiva, puede concluirse que en relación a “*la prueba de confesión del inculpado ésta puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula*” siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó:

- Previa información de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar.
- Encontrarse en el momento de la declaración asistido de su letrado.
- Tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

³⁵⁴ Análoga doctrina se reitera, entre otras, en las STC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 14/2001 y 138/2001.

Por su parte, la Sala de Casación del Tribunal Supremo ha mantenido idéntica posición de la que son exponentes las STS 550/2001, 676/2001, 998/2002, 1011/2002, 1203/2002, 1151/2002 ó 1989/2002, entre las más recientes, además de la ya citada STS 498/2003 de 24 de abril.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 de 27 de septiembre «*De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responde a un acto de, inducción fraudulenta o intimidación*».

Presentamos ahora posturas críticas con la doctrina jurisprudencial, que vienen expresadas en los siguientes términos:

*“No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala dos sentencias -23/2003 de 21 de enero y 58/2003 de 22 de enero- que efectúan una nueva interpretación del ámbito de expansión de los efectos indirectos de la prueba nula en el sentido de incluir en ellos toda información obtenida al hilo del descubrimiento de la obtenida por la prueba nula, con la consecuencia de que el interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula, cuya inexistencia debe -debería- operar no sólo en el campo del mundo jurídico sino también en el real, con lo que la confesión inculpatoria del acusado en el plenario, no obstante estar prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba sería igualmente y en todo caso nula porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada, con la conclusión de resultar imposible efectuar al inculpado pregunta alguna relativa al descubrimiento obtenido a través de la prueba anulada, dada su naturaleza de pregunta capciosa en el sentido de inductoras a error”*³⁵⁵.

³⁵⁵ STS. 23/2003 de 21 de enero y 58/2003 de 22 de enero.

En todo caso, no estará de más recordar la reflexión contenida, también, en la STC 161/99 de 27 de septiembre, ya citada, que al respecto afirma que «que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido», «la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada», y se concluye «no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga».

Es evidente que como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1203/2002 de 18 de julio ... "ha de evitarse que esta fórmula (se refiere a la conexión de antijuridicidad) se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ", por ello será preciso un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión incriminatoria, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga" ³⁵⁶.

Disponemos igualmente de doctrina semejante pero más modulada. Se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de febrero. Cabe recordar que se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

³⁵⁶ En este sentido puede mencionarse la STS. 408/2003 de 4 de abril, que tras declarar la nulidad de la declaración autoincriminatoria en sede policial arrastró por conexión a la siguiente declaración en sede judicial, también incriminatoria, formalmente válida pero que se estimó nula por la proximidad temporal entre ambas. Debido a que se consideró la nulidad de la primera declaración, se hizo extensiva también a la declaración judicial. La STS 1636/2005, de 31 de marzo también se hace eco de diferentes posturas jurisprudenciales en estos temas:

“... el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de prácticas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, se impone recientemente una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del TC 8/2000 de 17.1, y la de esta Sala 550/01 de 3.4, entre otras, en orden a la

Hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las intervenciones telefónicas tendría que consistir en algunas de las infracciones, con esa trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por otro lado cabe considerar que:

- Que la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.
- Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentra vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad».

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2210/2001 de 20 de noviembre recordaba que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de

transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración...

la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuridicidad la que debe de darse.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/99 de 27 de Septiembre ..”*es la conexión de antijuridicidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible...*”³⁵⁷.

En equivalente sentido, la STC 86/95 de 6 de junio, y también en relación a la prueba de confesión del imputado, declaró: aptitud de tal declaración una vez verificado que se prestó con respeto a las garantías de todo imputado, declarando que la validez de tal confesión y su aptitud como prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas objetivas en las que se obtuvo.

³⁵⁷ En idéntico sentido señala la STS 498/2003 de 24 de abril y la STS. 1048/04 de 22 de septiembre que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada.

También puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 239/99 de 20 de diciembre, en la que se reitera la doctrina de que no existe nexo de antijuridicidad que invalide la declaración del condenado sobre la realidad de la ocupación del arma en el domicilio, confesión que fue prestada en el Plenario, y la nulidad del registro domiciliario en el que fue hallada, no debiéndose indagar las razones del porqué el recurrente en el Plenario, debidamente instruido, decidió reconocer la ocupación del arma cuando pudo simplemente negarse a declarar o guardar silencio³⁵⁸.

A título de compendio de la excepción de la confesión voluntaria del imputado y acusado, podemos sintetizar la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, expuesta en el presente epígrafe en los siguientes términos:

3.1. Tesis Mayoritaria

Tras un cambio jurisprudencial importante que se produce después de sentar el Tribunal Constitucional en la Sentencia 81/1998 de 2 de abril su teoría de la conexión de antijuridicidad, ésta sesga la prueba refleja y afecta a la prueba de confesión voluntaria del inculpado en el sentido de que aunque sea derivada o contenga elementos viciados y contaminados por los “frutos

³⁵⁸ El coimputado realizó su declaración en la vista oral con todas las garantías, y sin que resulte ahora relevante la posible motivación interna que le haya podido mover a realizarlas inculpando al recurrente de amparo (SSTC 51/1995 y 86/1995). Como también es cierto que no puede negarse el hecho mismo de que el arma existe y fue hallada (STC 161/1999). No es posible sostener que entre la prueba testimonial, y la ilicitud de la entrada y registro del domicilio del testigo, exista un nexo de antijuridicidad que la invalide [FJ 9]. Las confesiones autoinculpatorias efectuadas por el recurrente ante la Guardia Civil y ante el Juez de Instrucción se produjeron voluntariamente y con todas las garantías. Han roto la conexión antijurídica que pudiera vincularlas, más allá de lo puramente causal, al registro del domicilio y a las pruebas que de él se derivaron, que hemos dicho resultan prohibidas [FJ 9].

corruptos del árbol envenenado”, pueda ser considerada y utilizada como una prueba autónoma e independiente de la prueba o pruebas declaradas nulas.

Para que pueda convalidarse como prueba sana debe acreditarse que dicha declaración se efectuó: a) Con la información previa de sus derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar. b) Que se encuentre en el momento de la declaración asistido de su letrado. c) Tiene que tratarse de una declaración voluntaria, que no tenga vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad, condiciones todas que nos conducen a concretar como escenario de tal declaración el Plenario, por ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

La Jurisprudencia expone además respecto de la confesión las siguientes justificaciones:

- Se trata de garantizar la prueba de la confesión, que por su propia naturaleza resulta independiente de cualquier otra circunstancia del proceso.
- El contenido de la confesión es disponible por el acusado.
- Depende únicamente de su voluntad,
- Se halle exenta de actos de coacciones, inducción fraudulenta o intimidación.

3.2. Tesis Minoritaria.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en síntesis mantienen que:

- El interrogatorio efectuado en tales circunstancias ya estaría viciado porque el conocimiento de tales hechos lo habría sido en base a la prueba nula.
- La confesión inculpatoria del acusado en el plenario, aunque esté prestada con todas las garantías y puntualmente informado de la nulidad de la prueba, sería igualmente nula su confesión porque los datos que sirvieron de base al interrogatorio procedían de un hallazgo obtenido en una prueba invalidada.
- Ha de evitarse que la conexión de antijuridicidad se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11-1º LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ.
- Realizar un especial análisis de las condiciones concretas y en cada caso en las que se produjo la confesión incriminatoria, para poder verificar que fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por los hechos colaterales y limítrofes anulados por su inconstitucionalidad.

Entiendo que la tesis minoritaria resulta ser la posición más adecuada al garantismo de los derechos fundamentales en el proceso penal. La

conexión de antijuridicidad se ha convertido en un socorro criterio jurisprudencial- por vía de excepciones rigurosas traídas de EE.UU.- para salvar con argumentos no muy sólidos la posible la valoración de pruebas ilícitas con la calificación de ser independientes y no contaminadas por una conculcación de la prueba directa. Así las cosas pueden darse casos que a partir de hechos y hallazgos conocidos por la investigación (previamente anulados por su inconstitucionalidad) se interroga al imputado o acusado dando como resultado una autoincriminación indeseada de éste, que opino debiera ser igualmente apartada del acerbo probatorio. Por ejemplo, ante una investigación por tráfico de estupefacientes en la que se practica un registro de un domicilio (posteriormente declarado nulo por inconstitucionalidad) en el que se encuentran además de un importante alijo de una sustancia controlada e ilegal, una cantidad de billetes falsos y un arma. Si por cualquier motivo en el interrogatorio el imputado o acusado no guarda silencio y menciona para exculparse del tráfico de drogas- que es sabido que se castiga con penas mucho mas elevadas que una posible tenencia ilícita de armas- ante la hipotética pregunta *¿Cómo explica Ud. lo de la pistola..?* y responde que....“*eso sí.. lo único que era mío es la pistola marca...*”. Esta confesión estaría viciada de inconstitucionalidad, no siendo una prueba independiente válida pues la voluntad del acusado estaba influenciada por hechos o hallazgos colaterales al margen del los presuntos delitos contra la salud pública que se estaban investigando.

4. La excepción de buena fe. Jurisprudencia

Finalmente recogemos la STC. 22/2003, de 10 de febrero, que resuelve un supuesto de hecho en el que el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, hallándose un arma de fuego propiedad del acusado, decretándose la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque ésta actuó sin dolo o culpa. Al respecto el Tribunal Constitucional indicó:

“Desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto”.

En este caso la inconstitucionalidad de la entrada y registro es debida 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 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 judicial³⁵⁹. En casos como el presente en los que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, los órganos investigadores actúan en la creencia fundada de estar respetando la Constitución.

Apostilla el Tribunal Constitucional, utilizando una expresión que nos hace pensar en la doctrina de la “*inevitable discovery*” en los siguientes términos: .”*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...*”

Pero en realidad debemos inferir doctrinalmente que el máximo intérprete de la Constitución lo que además está aplicando es la denominada doctrina de la buena fe, que tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana (*Caso Leon, de 1984*). El ejemplo típico es precisamente el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida, pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe (*good faith exception*)³⁶⁰.

La excepción de buena fe neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión. A nivel dogmático ya fue resaltada en España la buena fe del policía por la STS. 994/1997, de 4 de julio, al asumir la teoría del descubrimiento

³⁵⁹ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, F. 5.

³⁶⁰ Se trata de una excepción utilizada en la jurisprudencia norteamericana, al considerar que la finalidad preventiva de la exclusión de la prueba no es necesaria cuando la policía ha actuado creyendo que lo hacía dentro de la ley. Presupone la existencia de un error, con lo que necesariamente afirma la ausencia de dolo o intención (mala fe), y por consiguiente se sitúa en el terreno de la imprudencia. Este error puede venir motivado por insuficiencia o defectos de la ley, o como consecuencia de una actuación judicial incorrecta.

inevitabile, pues en ella se dice que éste debe ceñirse a los supuestos de “*actuaciones policiales realizadas de buena fe, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente..*”

En la STS 9/2004 de 19 de enero, junto a otros elementos a valorar en esta problemática, se contiene el siguiente: «*La actitud anímica de quien fuera causante de la vulneración, concretamente si hubo intención o sólo error, habida cuenta de que el efecto disuasorio, no de los fundamentos de la prohibición de valorar pruebas inconstitucionales, tiene menor significación en casos de error*».

Convengo en mostrarme en desacuerdo y expresar que se trata de una doctrina censurable, porque es demasiado amplia, y no queda asegurada la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión. Estamos convencidos de que consolidadas las excepciones o límites en la aplicación de la prueba ilícita habrá muchos supuestos que acabarán en condena en función de los criterios jurisprudenciales que se barajen en el momento y sobre todo el caso concreto que se enjuicie, no sabiendo por tanto los diferentes operadores jurídicos con exactitud a qué atenerse con una mínima seguridad jurídica. Por otro lado, como antes hemos apuntado, se aprecia sin ambages, es más, creo que con claridad, que se halla inspirada en doctrina de la buena fe(*god faith exception*) de la jurisprudencia estadounidense de los años 80, existiendo precedentes muy similares a este del Tribunal Constitucional de España en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal.

En definitiva la apreciación de esta excepción requiere la ausencia de intencionalidad, si quiera sea eventual. También lo es que se apoya en un conocimiento o interpretación equivocada, lo que abre las puertas a la negligencia.

No parece razonable que la negligencia de los órganos encargados de la persecución penal, sean policiales, o más grave aún, fiscales, jueces o magistrados, a los que se supone y atribuyen unas competencias y facultades especiales, tenga que ser tolerada sin más. Y lo sea, además, a costa de los derechos fundamentales del imputado y sobre todo cuando van a ser utilizadas en su contra en un proceso penal. De modo que para evitar este desequilibrio y que el ciudadano imputado tenga que asumir los costes de una negligencia profesional que le perjudica doblemente, es imprescindible exigir, al menos, cierta entidad del error. No puede bastar con un error vencible, sino que será preciso que el error sea calificado de invencible.

Dada la configuración doctrinal de la excepción de la buena fe, se nos presenta que ante un supuesto de actuación de error vencible no debiera ser apreciada esta excepción a una prueba directa, y en dicho sentido no existiría buena fe en la obtención de la prueba ilícita.

Para el caso de ser calificado el error como invencible, entiendo que cabría distinguir primero la cualificación jurídica del infractor en la obtención de la prueba ilícita, de modo que si dado su “*status jurídico personal*” pudiera ser eximido razonablemente en su conducta la consecuencia alcanzaría el listón para apreciarse una buena fe en la obtención de la prueba, en otros caso no, por lo que su acción ante la prueba vendría a ser como mucho de error vencible, y por tanto no habría conducta con buena fe.

5. El futuro incierto e inseguro de la prueba prohibida.

Si enlazamos el último comentario creemos que hasta puede aventurarse con cierto enlace lógico a lo que afirma la Jurisprudencia que estamos ante un futuro incierto e inestable de la prueba prohibida, y es posible que hayamos entrado en una fase de extinción de la prueba inconstitucional indirecta e incluso directa.

Se comparte el criterio de algunos autores, y en concreto, el de GÓMEZ COLOMER. En cualquier caso, dice este autor, *“estoy convencido de que es preciso retomar las riendas de nuevo y con urgencia en tan delicada cuestión y volver a posiciones garantistas, contando esta vez con las experiencias prácticas que nos hicieron desviarnos del camino emprendido, por tanto sin ignorar las exigencias sociales que las motivaron, reforzando la legalidad de la investigación del crimen de manera que todos los que intervengan estén lo suficientemente formados y capacitados como para evitar para siempre esos fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas”*³⁶¹.

El loable *desiderátum* de GÓMEZ COLOMER expresa e incluye que la idónea formación policial en estos temas jurídicos aparece en este sentido como la primera meta a alcanzar para retornar al garantismo. Con ello se contribuiría además y notablemente a preparar a ese instrumento necesario

³⁶¹ J.L. GÓMEZ COLOMER- *Evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español* – Tirant lo Blanch 2008, p. 38-39.

que es el proceso, para que sirviera mejor y con mayor efectividad en la lucha contra los más execrables delitos y sus despiadados autores³⁶².

Entiendo que también sería muy útil que todos los supuestos de posibles ilicitudes probatorias vulneradoras de la Constitución quedaran normativizados, es decir, regulados en la ley ordinaria expresamente, de manera tal que su infracción se considerara, o bien causa de nulidad de todo el proceso y, por tanto, de puesta en libertad sin cargos del imputado o de su absolución, o bien de nulidad sólo del acto, permitiéndose la condena en caso de existir otras pruebas lícitamente obtenidas. Ello partiendo de la *distinción alemana*, por su utilidad, entre prohibición acerca de la práctica de pruebas y prohibición acerca del aprovechamiento de resultados probatorios, pues ambos supuestos no están contemplando el mismo fenómeno. Con ello se contribuiría por otra parte también a simplificar el proceso y el procedimiento, particularmente en materia probatoria, ante la claridad normativa alcanzada³⁶³.

Entre los primeros casos, es decir, los que provocan nulidad, deberían entrar las violaciones probatorias producidas con ocasión de la detención del inculpado, y en particular con relación a su derecho de defensa, así como las que afectaren a sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -con límites en estos tres casos-, a la inviolabilidad de su domicilio, y al secreto de comunicaciones, es decir los *derechos fundamentales no procesales o sustantivos*.

³⁶² J.L. GÓMEZ COLOMER. Op. Cit. p. 39

³⁶³ En cuanto a la nulidad, consideramos que estos mecanismos legales ya existen de algún modo, aunque su aplicación forense resulta insuficiente y defectuosa y en ocasiones su aplicación puede ser una especie de entelequia. A tal fin ya tenemos los art. 238 a 243 de LOPJ.

Entrarían en cambio en los segundos casos (anulabilidad por irregularidades procesales), todos los demás, ante una materia de infracción constitucional del derecho de defensa; por ejemplo, una causa penal en curso que la fase propia de Diligencias Previas y Procedimiento Abreviado se convierten en Juicio Oral, sin haber tomado antes declaración al imputado sin estar abogado presente, por el delito que se le imputa se abre juicio oral y será juzgado ante un Juzgado de lo Penal. Este supuesto produce anulabilidad, se puede anular la fase o fase procesales correspondientes con retroacción hasta el momento en que se le tome declaración al imputado en el Juzgado Instructor con abogado defensor que le asista y con todas las garantías propias de su *status procesal*.

También habría que elevar a categoría legal el efecto reflejo de la prueba prohibida, por tanto se debería indicar por la ley expresamente, y no sólo con un escueto adverbio (indirectamente), que las pruebas obtenidas del árbol envenenado, están también en todo caso y sin excepción contaminadas y no deberán ser utilizadas en el proceso penal.

Como paso inicial importante para evitar males mayores en el tema de prohibiciones probatorias, cabe la posibilidad de una propuesta intuitiva de proporcionar en primer lugar una formación jurídica adecuada de los órganos de persecución penales, especialmente a las fuerzas y cuerpos seguridad; y, en segundo lugar, regular legalmente con detalle todos los supuestos de prohibiciones probatorias, estableciendo normativamente también sus efectos procesales. Esta propuesta respetaría adecuadamente el derecho al proceso con todas las garantías o proceso justo -proceso debido (*due process*) como se

conoce en el mundo anglosajón-, además de proporcionar una indudable seguridad jurídica. Con ello se conseguirá respetar algo que, no por obvio, debe dejar de decirse, que la Constitución está por encima de cualquier ley ordinaria y de cualquier interpretación de la misma por un tribunal, y que para conseguir volver a un garantismo fundado y sensato, dado el actual desequilibrio existente entre optar por la protección de los derechos del imputado o por la exclusión de una prueba del proceso, debe bastar con aplicarla teniendo en cuenta ese normativa.

La verdadera convergencia y armonización en materia de reglas de exclusión probatoria o prueba prohibida, sería mucho más fácil de alcanzar si estas propuestas y otras que las puedan mejorar, fueran tenidas en cuenta por el legislador, sobre todo ante la importancia cada vez mayor desde el punto de vista transnacional.

Todas estas propuestas y buenas intenciones entendemos que son elogiables y acogen un auténtico sentir de una aplicación debida de los derechos fundamentales en el proceso penal, toda vez que éste es lo más coactivo que tiene el Estado para disponer sobre la libertad de los ciudadanos³⁶⁴.

Cabe la probabilidad que las propuestas y reflexiones descritas pertenezcan al ámbito del “deber ser” formulando unas intenciones y actitud desiderativa. Aún compartiendo en su totalidad las reflexiones de GÓMEZ COLOMER, se estima que no es fácil regular legalmente con detalle todos los supuestos de prohibiciones probatorias, estableciendo normativamente también

³⁶⁴ En relación a las reflexiones y propuestas del autor Gómez Colomer, Op., Cit. pag. 39

sus efectos procesales según propone. Y ello, entiendo, sencillamente por los siguientes motivos:

1. Existe una norma expresa de prohibición probatoria total, es decir el art. 11.1 de la LOPJ., aunque ha sido puesta en entredicho por la doctrina jurisprudencial y aparcada prácticamente del panorama forense. En la esfera de legalidad ordinaria para nulidades de actos o fases procesales existen normas expresas como pueden ser el art...238 y ss. de la LOPJ.
2. Soplan vientos transnacionales y de contorno global que no son favorables, ya que la seguridad colectiva y la política criminal están pesando y vaciando los derechos fundamentales del proceso penal, y mucho más en materia de la prueba ilícita que en muchos casos puede suponer dejar en libertad a criminales de alto riesgo y alarma social indudable.

IV. APARICIÓN Y REGRESIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Antecedentes doctrinales comparados.

Desde 1984 hasta la STC 81/1998, y posteriormente hasta nuestros días, se ha producido en el panorama jurisprudencial de España una clara evolución de la regla de exclusión respecto del principio de inadmisión procesal de las pruebas que se reputan ilícitas (Art. 11.1 LOPJ), se trate de pruebas directas o derivadas, encontrando algunas excepciones razonables a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que por otro lado son excepciones lógicas desde el momento que si se admitía una prueba derivada de un acto lesivo de

derecho fundamental era porque se rompía con objetividad precisamente el nexo causal o esa derivación causal.

La doctrina científica no se muestra de acuerdo a la hora de admitir en nuestro Derecho la doctrina de los frutos del árbol envenenado³⁶⁵. Para dar contestación a dicha cuestión inicialmente es preciso efectuar un breve análisis de la STC. 114/84, a partir de la cual se fijaron las primeras premisas para elaborar la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos fundamentales, que daría lugar con posterioridad al artículo 11.1 LOPJ (vid. STC.64/1986), aunque se objeta como respuesta que el nexo se rompe si esa prueba hubiera podido obtenerse de igual modo, pues si el camino de su descubrimiento es autónomo (o independiente), entonces dicha prueba puede ser admitida y valorada.

A mayor abundamiento, debemos manifestar que en parte discrepamos de las disidencias de la doctrina, que acabamos de citar en la última nota, tanto científica como en menor grado jurisprudencial, pues además de lo expuesto lo cierto es que la doctrina de los frutos del árbol envenenado puede ser admitida en nuestro derecho (*fruit of the poisonous tree*) o prueba refleja y sobre todo la prueba ilícita- *exclusionary rule*, pues han tenido unos registros notorios y reconocimientos abundantes en nuestro sistema de derecho judicial.

Entiendo que las teorías de la regla de exclusión y sus excepciones se han incorporado a nuestro derecho fundamentalmente debido a que el modelo

³⁶⁵ En función de lo expresado se puede ver también en numerosa jurisprudencia fluctuante como se desprende de la STS 17 junio 1994 (Ar. 5176) y STS 23 enero 1995 (Ar. 157); también en la literatura científica se observan posiciones encontradas a este respecto como la mantenida por PICÓ I JUNOY, J. en Picó Junoy, J, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. José Ma. Bosch, Barcelona, 1996. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, págs. 147-148, GIMENO/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ, *Los procesos penales*, Bosch, 1999, pág. 418.

de la jurisprudencia norteamericana ha influido de modo sustancial más que otros modelos continentales tanto en el Tribunal Constitucional como el Supremo desde le principio de su acuñación e inspiración.

No creo que la doctrina científica haya sido un cauce y motor impulsor significativo en la incorporación del derecho de USA a nuestro sistema jurídico y doctrina jurisprudencial respecto de la prueba ilícita o regla de exclusión y sus excepciones. Entiendo que entre 1984 y 1998 pudo haber despertado curiosidad científica e interés doctrinal, y por ello se le han dedicado estudios, artículos y monografías de signo diverso, aunque valoro que no han sido copiosas ni trascendentales las colaboraciones doctrinales para su influencia en la doctrina de los Tribunales, pues éstos han seguido y siguen por ahora la línea jurídica, sociológica y de política criminal de los Tribunales norteamericanos en *exclusionary rule*.

Posteriormente al final de los años noventa, en España, cuando el Tribunal Constitucional suprime en cierto modo y desacelera la doctrina del árbol envenenado y así acota el filón de absoluciones de los años precedentes (la reiterada STC. 81/1998), creo que en términos generales los autores no se han se han prodigado abundantemente en analizar y debatir los criterios aplicados de la regla de exclusión y su avalancha de excepciones continuadas que han ido incluyendo nuestros Tribunales en sus resoluciones. Es posible que no haya despertado el interés suficiente que pueden tener otras materias jurídicas autóctonas o que se haya considerado el estancamiento y retroceso jurisprudencial.

Bien es cierto que los conceptos anglosajones en algunas Sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional no han sido transcritos con literalidad de la Jurisprudencia norteamericana. En primer lugar resulta poco viable y muy complejo realizar algunas trasposiciones técnicas jurídicas de vocablos – y menos de frases- del inglés al castellano que sean totalmente exactos semánticamente en ambos sistemas lingüísticos. En otro orden, puede que no haya interesado indicar que tal o cual idea, doctrina o concepto procedan del derecho americano del precedente. Además no debemos olvidar los criterios diferentes de cada Tribunal e incluso Sala.

Ahora bien, estos supuestos entendemos que no son mayoritarios, pues al margen de las condicionantes precedentes, numerosísimas sentencias lo expresan con claridad como en primer lugar la antes citada y pionera en España STC. 114/1984.. que en su FD. 2) expone ” *En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la evidence wrongfully obtained y de la exclusionary rule, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en United States v. Janis (1976), la Corte declaró 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...».* ”

En otras Sentencias posteriores, puede observarse, por citar algunas: La excepción de prueba jurídicamente independiente (*independent source*), *purged taint* o del nexo causal atenuado, la excepción del descubrimiento

inevitable(*inevitable discovery*), la excepción del hallazgo casual- variante de la anterior- la excepción de la buena fe (*good faith exception*) que poco después de 1984 tal como se ha desglosado y se irá extrayendo en este trabajo, numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo fueron paulatinamente incorporando, tomando buena nota de la Jurisprudencia americana – incluidas sus expresiones o adaptaciones- teniendo en cuenta que desde 1920, a la sazón y posteriormente ya había dado importantes rotaciones y giros hacia varias restricciones en forma de excepciones como algunas expuestas – acaso las más significativas- En todo estos supuestos se han ido introduciendo expresiones y términos del idioma inglés, genuinamente americanos como los expresados.

En otros supuestos como pudieran ser los límites o excepciones a la prueba ilícita y la doctrina del árbol envenenado existen creaciones doctrinales en la jurisprudencia española que observamos pueden emparentarse con el derecho judicial norteamericano³⁶⁶.

Como justificación de lo dicho, podemos acudir a la denominada “excepción de la conexión de antijuridicidad”. Respecto de ésta ya hemos dicho en diferentes apartados que procede de la STC. 81/1998, y la teoría de la fuente independiente (*independent source*) encuentra en ella un máximo exponente de aplicación...así como ejemplo en dicha sentencia se menciona literalmente a lo largo de su redactado:

³⁶⁶ Como en páginas precedentes se ha destacado, entre otras muchas, desde la primera STC. 114/1984, o posteriores como la STS. 974/1997 de 4 de julio

“Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que (...) “Hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995 y 54/1996) [F.J. 4] “.

En otro de sus apartados con el enunciado que sigue, entendemos que el Tribunal Constitucional elimina o comienza a excluir la doctrina del árbol envenenando cuando declara que *“Las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas...”*

Si se parte y menciona reiteradamente pruebas independientes y además las pruebas reflejas es precisamente porque el Tribunal Constitucional ya daba por admitido en su doctrina- incluso consolidado durante varios años- el sistema doctrinal de los “frutos del árbol envenenado”, pues la prueba refleja procede de otra primaria o directa y la excepción de la fuente independiente forma parte igualmente de dicha doctrina.. Y es que, como hemos aseverado, precisamente esta Sentencia involutiva(STC. 81/1998) es la que sesga la doctrina dicha y alcanza también como precedente a “poner serias objeciones doctrinales” a la prueba directa cuando se violentan derechos fundamentales.

Por tanto, apreciamos que la doctrina americana de *“fruit of poisonous tree doctrine”* o frutos del árbol envenenado ha sido convenientemente admitida, considerada y aplicada durante unos años por la Jurisprudencia

española e igualmente con inspiración en determinadas excepciones y criterios de EEUU. que a este tenor ha tenido en cuenta y desarrollado, y ha puesto fin a la doctrina expresada, es decir en su prólogo y epílogo con semejanza significativa, clara y visible a lo acontecido en la doctrina del Tribunal Supremo Federal en el país norteamericano.

2. Análisis y comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984. Primer precedente en la Jurisprudencia Española.

Esta precursora Sentencia de 29 de noviembre de 1984 tuvo sus antecedentes y génesis en varios Autos del Tribunal Supremo³⁶⁷. Es la primera Sentencia que en España trata la institución procesal de la prueba ilícita.

Según esta importante resolución..." *La garantía procesal de inadmisión no forma parte de cada derecho sustantivo (FJ 1º), sino que nace por la vulneración de éstos (derechos fundamentales), pero no les pertenece.*

³⁶⁷ Uno de ellos pertenece al rocambolesco tema de Rumasa, recurso amparo que fue denegado en su admisión por los siguientes razonamientos, ya tenidos en cuenta en el recurso de amparo núm. 764/1983: a) porque no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque a su vez, dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia, y como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de lege ferenda, para incorporarla al Derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen; c) porque, además, no consta se haya planteado por el recurrente dicho tema ante el Juzgado Central y en apelación ante la Audiencia, pues, ninguna de las dos resoluciones recurridas se refieren a él en absoluto, y la de apelación estudia todas las cuestiones alegadas por las partes con minuciosidad y fundadamente, por lo que se ha traído ante este Tribunal Constitucional per saltum como tema nuevo, contrariando lo dispuesto en el art. 44.1 a) y c) de la LOTC que hace a esta vía de amparo subsidiaria; d) porque en todo caso, serían necesarias expresas declaraciones de los Tribunales competentes sobre la existencia de la sustracción de documentos de carácter delictivo o ilícito, para poseer el indispensable soporte fáctico judicial sobre el que poder apoyar consecuencias jurídicas como la alegada, al no servir la mera invocación y estimación de la parte por sí sola, en cuanto supone una simple alegación a la que no pueden unírsele consecuencias, y e) porque finalmente, de haberse superado todas esas ausencias, se trataría de un problema, de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal, que incluso podría ser objeto de la fase plenaria del proceso penal, por rebasar el contenido instructorio del sumario, en donde podría Valorarse dicho origen y el alcance de las pruebas, a través del amplio contenido de convicción psicológica que permite el art. 741 de la L. E. Cr., para señalar la culpabilidad o inocencia que fuere procedente proclamar. Todo lo que en conclusión determina la clara inexistencia del defecto abstractamente alegado, de no haber otorgado al actor un proceso con todas las garantías legales.

Entenderlo de otra forma implicaría no poder utilizar como prueba de cargo para condenar las pruebas obtenidas a partir de la violación de un derecho fundamental de un tercer sujeto, pues el derecho a que se inadmitieran estas pruebas le pertenecería al titular del derecho sustantivo".

«En realidad, el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión (...). Ello es claro si se tiene en cuenta que pueden no coincidir la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para obtener la prueba y aquélla otra frente a la cual la prueba pretende hacerse valer en el proceso» .

La expresada pionera Sentencia establece en alusión a los derechos fundamentales proclamados en la CE., que no existe un derecho fundamental autónomo que impida la admisión de la prueba ilícita(al igual que lo hace la jurisprudencia de EEUU), aunque si la prueba ilícita se incorpora al acervo probatorio del proceso constituye un ofensa a las garantías constitucionales que lo protegen(el proceso). Y se argumenta por el Tribunal Constitucional aseverando que atenta contra el mismo el hecho de que pueda servir como prueba de cargo una fuente que se ha obtenido con la violación de un derecho fundamental sustantivo, que vulnera las garantías del proceso, e implica la desigualdad de armas procesales entre las partes.

En alusión a la jurisprudencia de EEUU..«...no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de

*possible origen antijurídico*³⁶⁸. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales,... Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental... Tal afectación —y la consiguiente posible lesión— no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (Art. 24.2 de la Constitución)

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró 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 agravada... Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento

³⁶⁸ Esta expresión u otra esencialmente similar también procede de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de EEUU. cuando a la sazón debatía si la regla de exclusión era un derecho incluido en la Cuarta encomienda o procedía de otra fuente, llegando a concluir que no existe ningún derecho fundamental que prohíba la admisión de pruebas ilícitas en el proceso.

de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita».

En opinión de MARTÍNEZ GARCÍA ni en 1984 ni actualmente existe la necesidad de crear un derecho fundamental autónomo recogido de forma expresa que impida tal admisión de estas pruebas, por la razón de que la propia estructura constitucional de nuestro proceso lo hace superfluo, pues tal catalogación constitucional incluso podría llegar a ser más problemática que otra cosa, pues su configuración como derecho fundamental expreso y específico, no admitiría limitación de ningún tipo. Ello incluso nos hará plantearnos más adelante la necesidad y la utilidad de un precepto como el artículo 11.1 LOPJ, a no ser que su sentido se restrinja a prohibir las pruebas reflejas³⁶⁹.

Nuestro sistema de estado democrático y de derecho, donde los derechos fundamentales tienen esta especial ubicación, garantiza que un proceso, sea civil, penal, laboral o contencioso-administrativo, no puede admitir como prueba actos transgresores de derechos fundamentales.

Reiterada jurisprudencia expresa que aunque esta prohibición no se halle proclamada expresamente en precepto legal alguno, deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y para el instrumento garante del Derecho.

El criterio del Tribunal expone que no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente,

³⁶⁹ E. MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 9

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... Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— que vulnera las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales- el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.³⁷⁰ Se trata de una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, no de un principio del ordenamiento de reconocer a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental³⁷¹.

Por tanto el derecho a excluir pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales se plasma en una garantía objetiva del orden de libertad pero no como derecho subjetivo de rango fundamental (FJ 4º). Se trata precisamente de una garantía «articulada» sobre los derechos fundamentales.

Según GONZÁLEZ MONTES el artículo 24 CE consagra el derecho fundamental a la tutela efectiva, articulado a través de derechos subjetivos, que

³⁷⁰ Es sabido que *Deterrent effect* puede traducirse como “Efecto disuasorio”.

³⁷¹ STC. 114/1984.

requieren de garantías, y estas garantías puede llegar a ser derechos fundamentales³⁷².

Estos enunciados anteriores se contienen en el FJ 4º(STC. 114/1984 de 29 de noviembre) «...una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo—en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental».

Si se hubiera incardinado este derecho procesal dentro del derecho sustantivo material, hubiera tenido problemas de «amparo», pues no puede entrar a revisar el juicio fáctico del supuesto de hecho (FJ 5º). Sin embargo, esto es algo posible en la actualidad a partir de la situación que se ha creado tras la STC 81/98.

En la expresada STC 114/84, FJ. 5º, se declara, matizando conceptos acerca de si el derecho fundamental violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente cuando se obtuvo ésta, que «*Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional(.....)* Si la afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que

³⁷²J.L. GONZÁLEZ MONTES, «*La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)*», Revista de Derecho Procesal, 1990, núm. 1.

el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá que concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo».

Pero debido a la trascendencia que implica violar un derecho fundamental, la presente garantía puede encontrar respaldo en el artículo 24 CE y en el principio de igualdad. Porque esta garantía procesal es algo consustancial al derecho a la tutela judicial efectiva, que inspira el modelo constitucional de proceso penal. Como derecho fundamental procesal del artículo 24 CE ya no hay problema para acceder al recurso de amparo (FJ 5º) a través del derecho a usar los medios de prueba pertinentes.

Declara el Tribunal que «...*constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (Art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (Art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo artículo 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido».*

Es decir, existe un derecho procesal a que se inadmitan las pruebas obtenidas con violación de derecho fundamental, pero éste al no tener plasmación constitucional sólo tiene relevancia de amparo, si hubo «ligazón» con la violación de derecho fundamental material.

Constatada la «ligazón», su recepción procesal viola otro derecho, como es el derecho a que se celebre el proceso en el que nos vemos inmersos con todas las garantías y lo incardina en la pertinencia de la prueba, «*que pasa de tener un contenido esencialmente técnico-procesal, a tener un alcance sustantivo en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido*». La recepción procesal de estas pruebas ilícitas supone desconocer el derecho fundamental sustantivo y la garantía procesal a la que nos venimos refiriendo. Si se constata que no hay «ligazón» habrá habido violación del derecho fundamental pero no de la garantía, lo que impedirá ser susceptible de amparo por no haberse vulnerado la presunción de inocencia ni el proceso celebrado con todas las garantías.

Éste ha sido precisamente el eslabón, punto de partida del Tribunal Constitucional que le ha permitido a partir de su sentencia 81/1998 de 2 de abril hacer esa sofisticada argumentación destinada a «sanar» determinadas pruebas lícitas pero derivadas causalmente de las ilícitas.

Según sostiene MARTÍNEZ GARCÍA, aludiendo a la jurisprudencia que precede, probablemente la existencia de una ligazón entre la violación de derecho sustantivo y la presencia procesal de una fuente de prueba, que basta con que sea causal si dicha fuente es directa, y sólo produce rechazo si es una

conexidad jurídica, cuando se trate de pruebas derivadas. Admitidas estas pruebas, se viola la presunción de inocencia.

«*No se trata ya sólo de que,....estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un “concurso instrumental” -prueba documental y, sobre ella, pruebas testificales- en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo*». Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma» y ello es precisamente lo que daña el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE³⁷³.

3. El efímero espacio temporal en España de la expansión protecciónista de la prueba prohibida. La Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1994 de 14 de marzo de 1994

Desde su reconocimiento constitucional en 1984 y legal en 1985, en el año 1994 se produjo un paso más protecciónista, que viene a confirmar la expansión imparable de la teoría de la prueba prohibida. El Tribunal Constitucional aplicó en toda su extensión la doctrina de la prueba refleja con ocasión de un caso en el que se practicó una intervención telefónica acordada judicialmente por providencia, que a la postre resultó nula.

³⁷³ E. MARTÍNEZ GARCÍA. Op. cit. p. 10

En uno de sus apartados (STC. 85/1994 de 14 de marzo 1994) valora en sus justos términos el art. 11.1. LOPJ, y de un modo bastante diáfano aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado o prueba refleja...." ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial... y añade después que esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. Todo ello hace que se mantenga viva la presunción de inocencia."

La expresada Sentencia (STC. 85/1994 de 14 de marzo) la podemos sintetizar en los términos siguientes:

- Desde el primer momento el Tribunal (STC 26/1981) ha declarado que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo –añade la Sentencia- la motivación es no sólo una

elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos» [F.J. 3].

- A ello ha de añadirse que, según la propia argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo, con cita el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 24 de diciembre, aunque inaplicable al caso por referirse a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas, debió servir para exigir al menos las mismas garantías de motivación y plazo que establece dicho precepto a la intervención telefónica que nos ocupa. Lo contrario conduce a la conclusión- que el Tribunal Constitucional rechaza-,a la que llega la Sentencia impugnada, de otorgar mayores garantías a quienes ofrecen una mayor peligrosidad que a las demás personas.
- Con cita expresa de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984 – respectivamente dictadas en los asuntos «Klass y otros» y «Malone»-, recuerda que el Tribunal ha declarado en el ATC 344/1990, que siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en

su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones [F.J. 3]

- Añade la resolución que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) [F.J. 4].

Relata que, una vez concretada la forma y circunstancias en las que tuvo lugar la interceptación telefónica, se plantea si a la vista de las mismas se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones que consagra en los siguientes términos el art. 18.3 C.E.: «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

Damos ahora cuenta de algunas de las líneas argumentales más relevantes de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

En remisión a la Sentencia previa dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 16 de enero de 1992, y según ésta, no se ha producido dicha vulneración porque al tiempo de solicitarse y otorgarse la autorización (providencia de 5 de agosto de 1987) no se había modificado el art. 579 de la LECrim. (L.O. 4/1988, de 25 de mayo) y, por tanto, no había más regulación

positiva «que la que genéricamente aparecía en dicho art. 18.3, pues lo dispuesto en el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 24 de diciembre, sólo era aplicable a ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes». Concluye por ello la Sala en el fundamento de Derecho tercero que examina el TC, que al no haber disposición alguna que pusiera límite a la vigencia en el tiempo de esta clase de autorizaciones judiciales ni tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de esta medida procesal (algo más de tres meses), entiende que tal autorización fue válida y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación judicial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos.

Se observa cómo el Tribunal Constitucional presenta objeciones a tal criterio del Tribunal Supremo refutando que no puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación reproducida, dado que se omite en ella toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización limitativa o excluyente, o mejor dicho del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. , por lo que refiere el máximo intérprete de la Constitución que desde el primer momento (STC 26/1981) ha declarado que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo –añade la Sentencia-, la motivación es no sólo una elemental cortesía,

sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos. Y en este mismo sentido, para la STC 62/1982, «*a juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo*». Lo mismo se reitera en la STC 13/1985.

La doctrina expuesta, sensiblemente anterior a la fecha de la providencia controvertida (de 5 de agosto de 1987), rebate el Tribunal Constitucional, se desconoce en absoluto por la Sentencia impugnada al convalidar dicha providencia con base exclusivamente en la aplicación de lo genéricamente dispuesto en el art. 18.3 C.E., y omite toda referencia a la necesidad de motivación que preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio de un derecho fundamental y la causa a que el mismo obedece.

Se concluye por el Tribunal Constitucional que es evidente que no se atuvieron a estas exigencias constitucionales, ni la providencia aquí impugnada que también lo fue ante el Tribunal Supremo en el correspondiente recurso de casación, ni la argumentación de dicho Tribunal que consideró legítima la citada providencia.

A mayor abundamiento debe añadirse que en la propia argumentación de la Sentencia del Tribunal Supremo, se cita el art. 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, que, aunque inaplicable al caso por referirse a «*ciertos delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes*», debió servir para exigir al menos las mismas garantías de motivación y plazo que establece dicho precepto, a la intervención telefónica que nos ocupa.

Detalla el Tribunal que aunque, según lo expuesto, ya sería suficiente para estimar ilícitamente obtenida la intervención telefónica de autos, debe recordarse lo establecido en el art. 10.2 C.E., las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se encuentra el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales³⁷⁴.

El Tribunal Constitucional hace referencia al desarrollo de esta disposición por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al respecto ha venido exigiendo toda una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular. Con cita expresa de las Sentencias de dicho Tribunal de 6 de septiembre de 1978 y 2 de agosto de 1984 –respectivamente dictadas en los asuntos «Klass y otros» y

³⁷⁴ El art. CEDH 8 dice: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

«Malone»-, indica que el mismo Tribunal Constitucional ha declarado en el ATC 344/1990, que siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal injerencia ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989), el cual se refiere no sólo a la relativa gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

Según lo expuesto en orden a las garantías necesarias para la válida restricción del derecho fundamental invocado, debe concluirse que la intervención practicada en el teléfono de los recurrentes no puede considerarse como una injerencia legítima en su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Partiendo de que la intervención del teléfono de los recurrentes vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 C.E., el Tribunal Constitucional ultima que todo elemento probatorio que intentara deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en

virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.).

Añade el Tribunal que para decidir si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado además los derechos de los recurrentes a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, se hace preciso examinar si, fuera de los elementos de prueba contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas, hubo en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos por los que han sido condenados, a lo que da respuesta negativa.

En el caso de autos, las escuchas telefónicas practicadas fueron un medio para saber que la niña iba a trasladarse desde su domicilio al de los recurrentes al objeto de recoger «algo», y para que la policía llegase a la conclusión de que se trataba de droga. Se montó el correspondiente servicio de vigilancia mediante el cual pudo observarse cómo la citada menor salía de su domicilio y llegaba al de los recurrentes, abandonándolo pocos minutos después del regreso a su casa, momento en el que fue detenida cuando llevaba en su bolsillo un envoltorio de plástico con una sustancia que pesó 256 grs. y que, posteriormente analizada, resultó ser heroína de una pureza del 27,8 por ciento”.

De éste relato fáctico seguidamente extrae la Sala Segunda del Tribunal Supremo la conclusión de que *«deducir de tal conjunto de hechos la realidad de que eran los propietarios de la droga que llevaba encima cuando la policía la detuvo, así como que les había sido entregada esa misma mañana por personas y procedimientos desconocidos, pero por orden y al servicio de.., que fue el vendedor de la misma... es algo conforme a las reglas de la lógica y*

responde, por tanto, al mecanismo propio de la prueba de indicios o presunciones».

Así pues, la ocupación de la droga a la menor, no es valorada por el Tribunal Supremo como prueba directa de la culpabilidad de los recurrentes, sino como un indicio que, en unión de la transcripción de las cintas grabadas por la policía y de la interpretación de los términos en ellas empleados. El Tribunal Supremo fundamenta la condena en la existencia de una prueba indiciaria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Si bien el Tribunal Constitucional declara que al no poderse valorar, dada su procedencia constitucionalmente ilícita, los indicios considerados como tales por el órgano judicial, es evidente que dicho razonamiento lógico queda con ello afectado, pues, por sí sola, la ocupación de la droga en poder de la menor no puede estimarse prueba suficiente para acreditar el hecho de tráfico que se imputa a los recurrentes. Máxime cuando dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando «algo» desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho éste del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Esa derivación inmediata de la prueba constitucionalmente 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.

Finaliza el Tribunal Constitucional afirmando que ante esta conclusión se hace innecesaria cualquier otra consideración sobre el resto de los derechos fundamentales invocados.

Entiendo que esta Sentencia del Tribunal Constitucional (STC. 85/1994), constituye una aplicación extensiva de la doctrina de la prueba ilícita y de la prueba refleja, que se puede resumir en el párrafo..."*Esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida*" Igualmente se aprecia que rechaza la excepción de la fuente independiente.

Aunque la Sentencia no mencione expresamente la doctrina americana del árbol envenenado, consideramos que efectivamente se está aplicando dicha doctrina, pues además de rechazar la excepción de la fuente o prueba independiente nos asevera que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria. Por tanto la prueba indirecta o derivada- la droga intervenida a la hija de la coprocesada-, cuyo conocimiento se tuvo por las interceptaciones telefónicas declaradas inconstitucionales es en este caso la prueba refleja que también es ilícita, y por ello el Tribunal no la valora como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia³⁷⁵.

Otro aspecto que destaca la Sentencia (TC. 85/1994 de 14 de marzo de 1994) y que considero muy coherente con la legislación expresa sobre la

³⁷⁵ El resultado ya lo sabemos que es reconocer el derecho de los recurrentes al secreto de las comunicaciones telefónicas y a la presunción de inocencia y declarar la nulidad de las sentencias de la Audiencia Provincial y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

prueba ilícita: el art. 11.1. de la LOPJ. es la afirmación del Tribunal al indicar “que no solo proviene la nulidad de la transgresión de los derechos fundamentales de la Constitución (art. 14-29) , sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.). “ .

Según lo investigado, creo que en pocas ocasiones nuestros Tribunales se han pronunciado en este sentido garantista. Pero ocurre que lo único que han hecho es ceñirse a lo legislado, además de la doctrina jurisprudencial de la prueba ilícita. En otro momento histórico muy próximo- esta doctrina apenas estuvo en vigor un año- el Tribunal Constitucional hubiese dictado una Sentencia diferente ya que aun admitiendo como inconstitucional las intervenciones telefónicas no hubiera reconocido la prueba derivada, ya que probablemente la hubiese declarado jurídicamente independiente (y por tanto apta para poder enervar la presunción de inocencia) en aplicación de nuevas doctrinas e influjos de la jurisprudencia norteamericana.

4. La regresión de la doctrina jurisprudencial. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/1995 de 6 de junio

La anterior Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/1994, de 14 de marzo constituyó un exponente de una doctrina protecciónista y de expansión de la originaria prueba ilícita, si bien nos encontramos aproximadamente un año después con unos moldes más rígidos e involutivos sin duda. Puede entenderse que se inicia el éxodo a la regresión y a los caminos de las excepciones o límites de la prueba ilícita.

Y este retroceso es ya patente en la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1995, de 6 de junio, que en su fundamentación inicial aplica a sus argumentos de la prueba ilícita originaria y derivada, la doctrina del árbol envenenando, y dice que “*de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios*” [F.J. 3].

Posteriormente el Tribunal Constitucional introduce nuevos elementos valorativos que representan el cambio de orientación jurisprudencial con retrocesión de la doctrina garantista precedente y así nos habla de la declaración confesoria del imputado y las garantías constitucionales llevadas a cabo en enlace con proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal. En el caso en debate, el acusado que había interpuesto el recurso declaró espontáneamente de forma inmediata después de conocer el resultado de la intervención ilegal y se produjo su autoincriminación. No estuvo presente un Abogado ni fue advertido de sus derechos ni del compromiso perjudicial para sus intereses al declarar su autoría y en su contra. Y por otro lado implica con todo lujo de detalle y claridad al otro coacusado.

En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado,

posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral.

Concluye el Tribunal que *"tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia"* [F.J. 4].

En resumen, la Sentencia expresa que el Tribunal ha elaborado un cuerpo de doctrina en torno al contenido del derecho a la presunción de inocencia, exigiendo que la Sentencia condenatoria se funde en verdaderas pruebas, practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías procesales establecidas en el art. 24 C.E. y de éstas resulta una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 107/1985, 64/1986, 80/1991 y 85/1994).

Recuerda el Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la Sentencia condenatoria.

Tras describir los requisitos que deben observarse para limitar el derecho fundamental del secreto a las comunicaciones, pasa a analizar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada y basar en ella una condena penal. En este sentido, deben tenerse en cuenta como más destacable si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle. En relación a la declaración del acusado apunta el Tribunal Constitucional que debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal, ya que una vez informado de sus derechos podía negarse a declarar, especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal.

Estas irregularidades, expresa el Tribunal, habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral. Dichas declaraciones efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba que, en absoluto, determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Ultima el Tribunal que por todo ello, ha de afirmarse que en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional.

Es decir, el giro negativo- según el sentido común del jurista- en la protección de los derechos fundamentales se produce en el mismo momento en que se vulneran los derechos del detenido del art. 17 de CE. aunque paradójicamente esta conculcación por parte de los agentes es lo que lleva a su condena (de modo inmediato a tener conocimiento que las escuchas telefónicas fueron ilegales efectuó declaraciones de signo autoincriminitorio, antes de gozar del status de detenido, sin lectura de derechos y sin presencia de abogado), pues las escuchas telefónicas ilegales y el resultado de éstas fueron apartadas del proceso para no formar parte del acerbo probatorio lícito.

Se advierte en la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995 de fecha 6 de Junio, la adopción de límites y excepciones a la prueba ilícita, con un marcado origen de inspiración doctrinal en EE.UU. y en este caso entendemos que se está aplicando la teoría de la fuente independiente (en este caso las declaraciones iniciales incriminatorias sin lectura de derechos constitucionales).

Para el Tribunal Constitucional el hecho de que el contenido de la conversación telefónica interceptada se extendiese al lugar en el que había de verificarse la entrega de la droga, que los interlocutores hiciesen mención al vehículo en que se realizaría el traslado y que la intervención policial se produjese a las pocas horas de detectarse la llamada telefónica permite suponer que éste fue el medio que permitió a los agentes tomar conocimiento de los datos necesarios para conseguir la detención del sospechoso y la ocupación de los efectos del delito.

En consecuencia, asevera el Tribunal Constitucional que no existe duda de que, en el caso de autos, la prohibición probatoria se extiende no sólo

al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga, por lo que ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes.

Al presente, precisa el Tribunal, que para decidir si las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la presunción de inocencia de debe examinar si prescindiendo de estos elementos de prueba se produjeron en el proceso otras pruebas válidas de su participación en los hechos para relatar a continuación cómo se llega hasta la prueba independiente que permite la condena. Y en dicho sentido describe que entre las pruebas derivativas, no viciadas por la ilegalidad original figura la propia confesión del coprocesado, quien pudiendo negarse a declarar, no lo hizo.

Aclara y justifica 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. Para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, cabe destacar si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle.

Se añaden igualmente circunstancias temporales, indicando que debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal³⁷⁶.

³⁷⁶ En el caso sometido a la consideración de este Tribunal el coimputado en el momento mismo de la detención, ante la realidad innegable de la ocupación de la sustancia estupefaciente, confesó su participación en el hecho delictivo, sin que exista constancia de que, previamente, los agentes de la Guardia Civil que llevaron a efecto su detención le informasen de sus derechos constitucionales, realizando las oportunas advertencias legales. A ello se añade en el caso de autos que las primeras declaraciones autoinculpatorias, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un Abogado encargado de su defensa. (STC.86/1995)

En cuanto a las irregularidades consistentes en que los agentes de la Guardia Civil, que llevaron a efecto su detención, no le informasen previamente de los derechos constitucionales del detenido, se formula respuesta por el Tribunal Constitucional expresando que habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral.

Por otro lado, en sus declaraciones no sólo reconoció su participación en los hechos por los que ha sido condenado, sino que implicó claramente al coencausado por lo que dichas declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba que en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Según el Tribunal Constitucional en este supuesto no se ha producido la pretendida vulneración de este derecho constitucional, pues para ello hubiera sido necesario comprobar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, o porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, o bien hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales.

Finalmente revela el Tribunal que las manifestaciones inculpatorias realizadas con todas las garantías por un coimputado en el acto el juicio oral

deben considerarse suficiente para estimar desvirtuada la presunción de inocencia que se invoca como vulnerada.

V. EXCEPCIONES A LA PRUEBA DIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. EL INFLUJO NORTEAMERICANO

1. Admisión de pruebas ilícitas en el Tribunal Constitucional: la buena fe y la confesión voluntaria.

Por lo que se refiere a la exclusión de las pruebas directas, desde hace algún tiempo, se aprecia una preferencia por introducir en España la admisión de pruebas ilícitas, pero obtenidas con la buena fe de los agentes policiales que creen actuar bajo la cobertura de un auto de autorización judicial correctamente motivado. La inadmisibilidad de estas pruebas no generaría el efecto disuasorio pero, por otro lado, este canon de validez justifica, cada vez más, la admisión de pruebas ilícitas, es decir, se anuncia la tendencia de que aunque no admitir la prueba ilícita directa no serviría para disuadir a la policía a corregir sus futuras intervenciones en casos similares, sí vale como criterio gradual para justificarlo, y en la línea a lo acontecido en los EEUU en 1984, en el caso *US vs. León* o el caso *Massachusetts vs. Sheppard*.

Como ha sido expuesto en otros apartados, en España la confesión voluntaria sin asistencia letrada ha sido admitida en alguna ocasión bajo la argumentación de la ausencia de constancia de fuerza o presión policial, falta

de engaño de éstos al mostrar su condición de agentes de la autoridad y la voluntariedad de la confesión admitiendo la prueba originaria como lícita³⁷⁷.

En dicho sentido apunta la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 282/1993 de 27 de septiembre que “*si se aceptara que la confesión llevada a cabo por el recurrente se obtuvo violentando sus derechos constitucionales, la prueba testifical practicada en relación con dicha confesión pudiera efectivamente carecer de eficacia probatoria, aunque afirma que ningún elemento acredita la tesis del recurrente según la cual la confesión fue obtenida con la vulneración de sus garantías constitucionales o legales y apunta que según la Sentencia de la Audiencia Provincial el recurrente se prestó incluso voluntariamente para ir a buscar al otro coautor del delito y a conducirlo hasta el hotel donde se encontraban los policías(FJ 4º)*”.

Añade el Tribunal Constitucional que tampoco consta que los policías hicieran uso de argucias o malas artes para provocar la confesión, ni que ocultaran su condición de funcionarios de policía encargados de la investigación de las irregularidades detectadas³⁷⁸.

El recurrente, que había sido condenado, alegó que la confesión es ilícita desde el punto de vista constitucional —y con ella la testifical relativa a la misma— porque se produjo sin información de derechos y sin asistencia de Letrado. Le replica el Tribunal que dicha afirmación no se apoya en ninguna disposición legal ni aún menos constitucional, matizando que si bien el artículo

³⁷⁷ STC 282/93 de 27 de septiembre.

³⁷⁸ Los hechos giran en torno a la aparición de un boleto premiado de la Lotería Primitiva no repertoriado en la central del Organismo de Apuestas del Estado, y que al no constar sus datos y numeración en la Central, donde se registran todos los números, alguien lo pudo haber falsificado.

17.3 C.E. y el artículo 520.2 LECrim., imponen la obligación de informar de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten a toda persona que se encuentre detenida o presa, el recurrente no estaba en ninguna de estas dos situaciones en el momento de confesar su delito a la policía.

Por otro lado, se abunda en que el artículo 24.2 C.E. reconoce el derecho de toda persona a ser informada de la acusación formulada contra ella y el artículo 118 LECRim. reconoce a toda persona a quien se le impute un delito la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y a ser informado de la existencia de la imputación y de las actuaciones procesales seguidas en relación con la misma, pero que en el momento de su confesión, el recurrente en amparo tampoco tenía aún la condición de imputado. Otro argumento indica que en el momento de producirse la confesión no existía todavía un procedimiento judicial en curso sino una simple investigación policial.

Concluye el Tribunal que no siendo contraria a la Constitución la manera en que se obtuvo la confesión, la declaración ulterior de los policías en el juicio relativa a la misma confesión constituyó, como indica la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 1993, un testimonio de referencia, prueba plenamente admisible desde el punto de vista constitucional (*STC 217/1989*) y legal (*Art. 710 LECrim.*), que pudo perfectamente ser tenida en cuenta por el Juzgador penal, a la hora de formar su convicción acerca de la responsabilidad del recurrente.

El Tribunal Constitucional se remite a lo expuesto en la STC 238/99, de 20 de diciembre- , en el cual las pruebas obtenidas directamente mediante la violación del derecho al secreto de las comunicaciones fueron admitidas y se

declararon útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. La no identidad entre el titular del derecho fundamental afectado y el sujeto que reclama en amparo, implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena (no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial). La prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena de tercero y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo³⁷⁹.

En cuanto a cambios y criterios de los Tribunales, sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha anulado la prueba que condenaba mediante la prueba directa obtenida a través del consentimiento dado para la entrada y registro, pues tal declaración no fue asistida de abogado (STS 5 de noviembre de 2001).

No obstante resulta relevante que en este caso se había condenado en la anterior Sentencia de la Audiencia Provincial, igualmente a través de la testifical del policía que practicó la detención y estuvo presente en las diligencias realizadas después, incluida la expulsión de la droga del cuerpo de detenido. El supuesto enjuiciado corresponde a La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que condenó al acusado como autor responsable de un delito contra la salud pública del art. 368 C.P. tras declarar probado que habiendo sido detenido y encontrándose en las dependencias de la Comisaría

³⁷⁹ Atendiendo al desarrollo histórico de los hechos, se sitúa en el contexto de las escuchas telefónicas ilícitas, y en este caso el TC. afirma que lo verdaderamente relevante es que se muestra desconectada de éstas en la medida en que no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial.

de Policía, accedió voluntariamente a someterse a pruebas radiológicas en un centro médico y, habiendo sido detectados mediante la exploración practicada la existencia de cuerpos extraños en el interior de su organismo, el acusado, de nuevo en Comisaría, expulsó por vía anal en paquete contenido 16'640 gramos de cocaína y otro paquete contenido 16'337grs. de heroína. En la testifical prestó declaración el policía que práctico la detención y estuvo presente en estas diligencias³⁸⁰.

Respecto de la buena fe los agentes de policía como vertiente introducida por el Tribunal Constitucional, parece considerablemente delicada, pues ni el error ni la buena fe deben abrir la puerta del proceso a obtenciones

³⁸⁰ El recurso de casación contra la anterior Sentencia de la Audiencia dio lugar a la STS. de 5 de noviembre de 2001 referida, que en síntesis declara que examinadas las actuaciones, se ha podido verificar que el acusado fue detenido sobre las 21'00 horas del día 5 de abril de 1.997 y trasladado a las dependencias de la Guardia Civil donde a las 23'10 horas del mismo día se le informa de sus derechos manifestando que no desea declarar ni que se le practique reconocimiento médico, pero sí solicita un intérprete. El detenido fue trasladado a las 14,30 del día 6 de abril a un centro hospitalario donde se le realizaron los exámenes radiológicos sin que estuviera asistido de Letrado al prestar su consentimiento ni que la diligencia estuviera autorizada por la autoridad judicial. Es significativo que la exploración radiológica se llevó a cabo tras lo que el Atestado policial denomina *"Diligencia para hacer constar la solicitud de pruebas radiológicas"* efectuada por el detenido. Ni siquiera figura la firma del supuesto solicitante que justificara la supuesta petición.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala, debe significarse que el consentimiento prestado por el detenido para someterse a las pruebas radiológicas que se refiere en el "factum" de la sentencia precisaba inexcusablemente la presencia y asistencia de Letrado defensor, máxime cuando no aparece indicio alguno de la existencia de riesgo para la salud de aquél que aconsejara la asistencia facultativa en cuyo desarrollo se hubiera de practicar la exploración, ni tampoco existe una resolución judicial que, para tal evento, autorizara la medida. Se ha vulnerado así el derecho constitucional del detenido a la asistencia Letrada que se consagra en el art. 24 C.E. y que encuentra su desarrollo en el art. 520 L.E.Cr., siendo perfectamente equiparable la situación del caso presente con la del detenido que presta su consentimiento a las fuerzas policiales para la entrada y registro de su domicilio, respecto a la cual también esta Sala ha requerido que deviene imprescindible la asistencia del Letrado defensor de quien acepta o consiente tal diligencia como garantía que avala la libertad de la decisión y excluye un consentimiento viciado para la práctica de unos actos de investigación cuyo resultado, como en el supuesto actual, resultan determinantes para fundamentar el pronunciamiento condenatorio.

ilícitas que supongan violación del derecho fundamental, porque ello implica, en primer lugar, un desconocimiento de los valores del estado democrático de derecho; en segundo lugar, porque atenta frontalmente contra nuestro modelo de proceso ya que carece de sustento legal; en tercer lugar, porque implica un reconocimiento subliminal de un posible recorte o mengua del contenido de los derechos fundamentales civiles, materiales o procesales, sujeto a la condición de probar la buena fe policial o judicial, juicio que siempre será hipotético y no fácilmente probable.

En términos comparativos, en función de lo investigado, creo que la mayor aportación norteamericana la encontramos en materia de prueba derivada, y que nuestra jurisprudencia recoge prácticamente la totalidad de excepciones consolidadas en el derecho estadounidense.

Hemos enunciado en varios apartados del trabajo en lo que se refiere a la exclusión de las pruebas directas que, desde hace varios años, se aprecian indicios contrastados en España de una tendencia favorable a *admitir pruebas ilícitas*, pero obtenidas con la buena fe de los agentes policiales.

De nuevo hemos de mirar a los EEUU pues también en este país surgió la restricción ya que la inadmisibilidad de estas pruebas no generaría el efecto disuasorio³⁸¹.

³⁸¹ Supreme Court of the United States. 468 u.s. 897 .United States v. Leon. En vista de la modificación de la regla de exclusión, la Sentencia el Tribunal de Apelaciones no puede confirmarse en este caso. Sólo el demandado León sostuvo que un agente de policía no debidamente preparado podría haber creído que existe causa probable para registrar su casa. Sin embargo, el protocolo establece la dependencia de los agentes de policía de los jueces de los tribunales del Estado para la determinación de la causa probable que era objetivamente razonable Págs. 925-926.)

VI. LAS EXCEPCIONES A LA PRUEBA REFLEJA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Como se ha mantenido a lo largo del presente trabajo pronto fueron surgiendo en nuestra jurisprudencia las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, de forma que en ocasiones se ha evidenciado la razonabilidad de admitir pruebas derivadas de una ilícita por tres razones concretas hasta ahora manifestadas, es decir *la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado* y que se analizarán más adelante. Precisamente, las razones aportadas por la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 81/98 de 2 de abril (recordamos que establece la denominada conexión de antijuridicidad y obstruye la aplicación de la prueba refleja) no pueden constituir, en nuestra opinión, un supuesto de excepción a la regla general, pues el juicio de experiencia que se constituye como argumento base de la teoría de la desconexión de antijuridicidad, es inobjetivable *a priori*, conforme acontece con un sistema de excepciones, dado que se trata de un criterio que es cuestión de apreciación sólo por el juzgador, siendo los argumentos de la desconexión derivados de esa decisión y criterio de los jueces.

1. La teoría de la fuente independiente.

Esta doctrina también llamada excepción de la prueba jurídicamente independiente en España al igual y en similares condiciones que en la jurisprudencia de EE.UU. constituye uno de los límites de la eficacia de la prueba refleja. Acota sustancialmente la mayoría de las garantías de la

doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada que en la práctica se pretendía conseguir. En síntesis, según esta teoría, cuando existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, la prueba es legal. Según dicha doctrina esta prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia.

Nuestro Tribunal Constitucional recogió por primera vez la excepción de prueba jurídicamente independiente en una sentencia de 1995. Posteriormente y hasta la actualidad, con algunos matices y apreciaciones aisladas minoritarias, se ratificó y mantuvo por el máximo intérprete de la Constitución, al igual que lo hiciese el Tribunal Supremo, que recogió y conservó en iguales términos doctrinales dicha excepción. En el subtítulo siguiente se analiza diversa jurisprudencia española cronológica sobre las limitaciones de la prueba refleja, y en particular esta excepción.

La excepción de la prueba independiente o fuente jurídicamente independiente se recoge por primera vez en por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1995. Por esta fecha todavía no había sentado su doctrina sobre la conexión de antijuridicidad (lo hará en 1998), razón por la que la prueba de «confesión» del acusado tiene unas consecuencias distintas a cuando esa doctrina ya está establecida³⁸².

³⁸² Recordamos que la excepción de la prueba jurídica independiente fue establecida por el Tribunal Constitucional. Se recoge en la STC 86/1995, de 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de

El Tribunal Constitucional no revoca su propia doctrina. Los resultados probatorios obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica ilegal constituyen prueba prohibida y por tanto ni directa ni indirectamente pueden fundar una condena de los acusados, debiendo ser excluidos del proceso, pero, y aquí viene la novedad, que limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el garantismo que con la doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada en la práctica se pretendía conseguir: si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia y por tanto y en definitiva del proceso, con la consiguiente absolución de los acusados, sino muy al contrario, sólo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda. Por tanto, en este supuesto los “frutos envenenados” no existen, toda vez que al coexistir una prueba válida independiente no se trata de la “*contaminación total de las pruebas*”

Según mi estudio e investigaciones comparativas de la jurisprudencia norteamericana y española la excepción de la prueba independiente procede de EEUU, y podría encontrar su antecedente directo en la doctrina sentada por

amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El TC, a pesar de reconocer, como hizo el TS en su día, que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la confesión de un coacusado.

el Tribunal Supremo Federal en el conocido como caso *EEUU. Wong Sun de 1963*³⁸³.

Esta doctrina de la prueba independiente fue confirmada casi inmediatamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 54/1996, de 26 de marzo, en otro caso de intervención telefónica ilegal en un caso por delito de terrorismo (detención ilegal), cuyos resultados probatorios fueron declarados prueba prohibida, pero insuficientes para vulnerar la presunción de inocencia al existir prueba testifical de cargo independiente que la desvirtuaba, así como una declaración del propio acusado reconociendo un hecho de cargo. Y también proclamada dicha doctrina, entre otras, por la STC 8/2000, de 17 de enero, en un caso de tráfico de drogas en el que se produce un registro domiciliario ilegal, pero cuyos resultados son corroborados mediante pruebas testificales válidas y declaraciones de co-imputados. Esta doctrina es seguida hoy en día literalmente por el Tribunal Supremo español³⁸⁴.

Otro caso más de la excepción de la prueba independiente se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 2008, cuando ya han pasado unos diez años de la doctrina de la conexión de antijuridicidad instaurada por la STC. 81/1998 de 2 de abril. Se refiere a la

³⁸³ En un juicio visto en un Tribunal Federal de Distrito, sin jurado, los solicitantes fueron declarados culpables de fraude, ocultación y transporte de la heroína importada ilegalmente. Aunque el Tribunal de Apelaciones consideró que las detenciones de los dos apelantes sin órdenes de detención y registro eran ilegales, porque no se basa en una "causa probable" en el sentido de la Cuarta Enmienda, ni "motivos razonables" en el sentido de la Ley de Fiscalización de Estupefacientes de 1956, afirmó su criterio, a pesar de la admisión de pruebas sobre sus objeciones a tiempo de (1) las declaraciones formuladas oralmente por el apelante Sr. Toy en su habitación en el momento de su detención; (2) de la heroína que se entregó a los agentes por un tercero como consecuencia de esas declaraciones, y (3) sin firmar las declaraciones hechas por cada solicitante varios días después de su detención, y posteriormente de haber sido legalmente procesado y puesto en libertad bajo su propia responsabilidad. El Tribunal de Apelaciones sostuvo que estos elementos no fueron el fruto de las detenciones ilegales, y, por tanto, fueron debidamente admitidos en las pruebas.

³⁸⁴ Vid. por ejemplo las SS TS 1490/1998, de 26 de noviembre); 2210/2001, de 20 de noviembre ; 588/2002, de 4 de abril ; y 498/2003, de 24 de abril.

declaración de nulidad del auto habilitante de la intervención telefónica, con la consiguiente expulsión del acervo probatorio de la prueba refleja, aunque el Tribunal otorga validez a la que considera prueba independiente, que el caso debatido se trata de la prueba de confesión practicada en el juicio oral : no existe conexión de antijuridicidad pero se aprecia la excepción de la prueba independiente.

En uno de sus apartados-F.D.1- la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2008 de forma expresa no niega, sino que acepta igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional aplicada por la Audiencia Provincial de la conexión de antijuridicidad (art. 11.1 L.O.P.J .), aunque efectos dialécticos especifica que la expresada conexión no se produciría en el caso con el testimonio ofrecido en el juicio oral por el acusado, carente en su opinión de la carga autoincriminatoria que el tribunal de instancia le ha dado, por lo que en su caso resultaría a todas luces insuficiente para fundamentar una sentencia de condena.

Esta resolución del Tribunal Supremo se remite y recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional poco después, dentro del mismo F.D. con la siguiente expresión... *“El tribunal provincial sobre la ausencia de conexión de antijuridicidad concluyó que la prueba de confesión del inculpado puede operar como una prueba autónoma e independiente de la prueba declarada nula”* siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó:

a) previa información de derechos constitucionales del acusado, entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar.

- b) encontrarse en el momento de la declaración asistido de su Letrado.
- c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar tal voluntariedad.

En este contexto, a través de la confesión del acusado el tribunal tiene legítimamente por probados hechos de un indudable contenido incriminatorio que nos refiere el fundamento jurídico 4º, donde se realiza el juicio de culpabilidad, en el sentido de intervención o participación en los hechos que acepta el recurrente, aunque niegue su carácter delictivo

Se concluye por el Tribunal Supremo en la expresada STS. de 16 de junio de 2008 que hubo prueba de cargo, legítima, una vez se excluyó la que resultó viciada, se obtuvo en juicio con plena regularidad, cumpliéndose todos los requisitos para justificar la desconexión de antijuricidad, y por último fue valorada con criterios de la más elemental lógica y experiencia por parte del tribunal de instancia.

Podemos destacar que la doctrina jurisprudencial, anterior a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 81/1998-conexión de antijuricidad- cuando aceptaba alguna prueba ilícita refleja o no para ser valorada, dentro de la doctrina de los frutos del árbol envenenando, sus argumentos se concentraban en la no contaminación de las pruebas restantes si era posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas. Posteriormente con la nueva doctrina de 1998 se menciona si se cumplen o no todos los requisitos para justificar la desconexión de antijuridicidad.

Hay que expresar que en realidad en ambos casos estamos hablando de construcciones doctrinales de la jurisprudencia, tanto en EE.UU. como en España, para emitir y justificar una Sentencia de condena, de modo que en unos casos sea la prueba directa o sea la refleja estaremos ante el mismo resultado si en la argumentación se dice y se concluye que no hay contaminación, que es una prueba independiente, que se halló inevitablemente, o que han actuado de buena fe los agentes de policía.

Es de interés describir sobre esta temática la reflexión contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 161/99 de 27 de septiembre en la que se afirma: “*que el hallazgo de la droga aunque fuera consecuencia de un acto ilícito, no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se puede proponer prueba porque haya de operarse como si no hubiera sucedido.... la droga existe, fue hallada, decomisada y analizada....*”, concluyendo que “*no puede aceptarse la afirmación hecha por el demandado de que no se le podía preguntar por la droga*”.

La excepción de la fuente independiente, una vez que doctrinalmente se adopta por nuestra jurisprudencia, parece que va asentándose, pues en la STC. 54/1996 de 26 de marzo, y según palabras del Tribunal Constitucional se aprecia que “*hemos de determinar en segundo lugar, si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o inmediatamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el*

*pronunciamiento condenatorio*³⁸⁵. Todo ello nos lleva a pensar y afirmar que se está produciendo en nuestra doctrina constitucional la confirmación de la doctrina de la fuente independiente.

No se trata, por tanto, de revisar la valoración de la prueba de los órganos judiciales, sino de comprobar si ha existido prueba de cargo, que, realizada en forma legal y con las garantías exigibles en el acto de la vista, permitan desvirtuar la presunción de inocencia.

En la enumerada STC. 54/1996 de 26 de marzo se declara que el propio Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación afirma que el Tribunal de instancia dispuso de otros medios probatorios de signo incriminitorio que fundamentaron su convicción sobre el relato de hechos probados como se deduce del fundamento jurídico tercero de la Sentencia de instancia.

Como se desprende del contenido de ambas resoluciones judiciales, este material probatorio consistió en determinadas declaraciones sumariales prestadas por la víctima, por el representante de la familia y por los agentes de

³⁸⁵ F.D.1. C.. ..."resta como prueba de la culpabilidad del recurrente las declaraciones sumariales prestadas por el testigo que actuó como intermediario de la familia, ...en la que habló sobre el secuestro y el pago del rescate, así como las propias declaraciones del acusado reconociendo una entrevista con tal testigo y éste explica «que la persona con la que había mantenido varias conversaciones telefónicas en el último período del secuestro, fue la misma con la que se entrevistó, en vísperas de la liberación del secuestrado, en la cafetería de.. ».

Ante la divergencia existente entre lo manifestado en el juicio oral por el referido testigo -acerca de la intervención de varios intermediarios en la negociación del precio del rescate- y lo declarado en la fase sumarial -en que sostuvo que la negociación tuvo lugar con un solo intermediario-, el Presidente de la Sala dispuso que se diera lectura a tal declaración prestada ante el instructor....contestó acerca de las contradicciones existentes en el sentido de que «si antes no se refirió a que hubiera distintos interlocutores fue por los nervios». Así las cosas, podemos afirmar que en la práctica de esta prueba se han respetado los principios de contradicción y defensa, pues la declaración sumarial fue incorporada al juicio oral a través de su lectura, momento en que las partes, a través de la Presidencia, pudieron formular las preguntas que consideraron pertinentes para su defensa.

la policía encargados del caso, en cierta documentación bancaria y en prueba pericial practicada sobre unos documentos suscritos por la organización terrorista³⁸⁶. De estos elementos probatorios, cabe excluir, por su inmediata relación con la intervención telefónica constitucional, las declaraciones prestadas ante el Juez Instructor por el interlocutor designado por la familia de la víctima sobre el contenido de las conversaciones telefónicas, y las manifestaciones de los agentes de la policía, que relatan el seguimiento que efectuaron a la víctima, del que resulta identificado el actor.

En síntesis, en el epígrafe precedente, relaciono la prueba independiente tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que salvo alguna corriente minoritaria, asumen e integran ambos la referida excepción y limitación de la prueba refleja. Su cronología viene principalmente referida y centrada en los años noventa, antes de la innovadora doctrina de la conexión de antijuridicidad del Tribunal Constitucional de su Sentencia núm. 81 de 1998.

La teoría de la fuente o prueba independiente lo que crea es una limitación de la eficacia refleja, y por ende reduce sustancialmente el garantismo de la doctrina de la prueba prohibida.

En resumen si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, la prueba es legal, y ésta permite valorar los hechos, prueba que si resulta ser de cargo es suficiente para enervar o decaer la presunción de inocencia.

³⁸⁶ Sala Segunda del Tribunal Supremo, STS. de 17 de noviembre de 1994 y STC. 54/1996 de 26 de marzo.

El resultado es que todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia ni en definitiva del proceso. Sólo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda.

Esta excepción de la prueba independiente (*independent source*) ha sido importada doctrinalmente de la Jurisprudencia de Norteamérica. Su antecedente directo, según lo investigado y referido en alguna ocasión más, entiendo que procede del precedente del Tribunal Supremo Federal en el caso conocido como *EEUU. Wong Sun de 1963*.

La teoría de la fuente independiente es poco sólida, pues queda muy en tela de juicio si la prueba lícita segunda se ha obtenido de modo totalmente independiente respecto a la primera. De algún modo la conversión o calificación por el Tribunal en prueba independiente es un juicio de experiencia que es portador de criterios filosóficos, en cuanto a manera de pensar y ver las cosas cada juzgador, sin parámetros legales regulados, por lo que según casos concretos y circunstancias fácticas, una prueba independiente puede ser argumentada como apreciación directa por los Jueces.

De este modo ante unos mismos antecedentes, vistos por jueces diferentes, unos pueden dictaminar una prueba como independiente y otros no. De hecho se produce en la práctica judicial cuando se emite un voto particular.

2. La excepción o teoría del descubrimiento inevitable

La doctrina del hallazgo o descubrimiento inevitable- *inevitable discovery*- , pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa «inevitabilidad» justifica su admisión, y no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o Jueces. Tarde o temprano —viene a afirmar esta doctrina— se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 1997, se estima incluida en su doctrina la excepción analizada. Parte de su propia jurisprudencia y añade que según ésta la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestro ordenamiento jurídico tiene sede en el efecto indirecto de la vulneración del derecho fundamental que establece el artículo 11.1 de la LOPJ. Enlaza, expresando que es aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (*“The tainted fruit”*) o, genéricamente, doctrina de “los frutos del árbol envenenado» (*“The fruit of the poisonous tree doctrine”*).

El Tribunal Supremo justifica la excepción tratada, exponiendo que en un reiterado cuerpo de doctrina ha configurado a través de las notas siguientes:

- No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas.

- Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable”³⁸⁷.

En otra Sentencia del Tribunal Supremo fecha 5 de junio de 1995 se afirma que «...si los indicios o hechos-base no dependían causalmente de las líneas policiales de investigación, al producirse con origen en documentos públicos, registrales y bancarios; las consecuencias no pueden ser otras que las consistentes, de un lado, en estimar no contaminadas dichas pruebas por la investigación policial, y de otro, como consecuencia obligada, estimar enervada la presunción de inocencia».

Se trata de una doctrina similar a la teoría de fuente independiente, pero basada en un juicio hipotético que permite seguir la investigación hasta la fuente independiente por encontrarse una investigación en curso y, siempre que la policía hubiera actuado de buena fe, pues de otra forma no puede darse el efecto disuasorio propio de la admisión de estas pruebas derivadas. Esta doctrina fue utilizada por primera vez en USA en 1984 en el caso *Nix vs. Williams*, en la que se justificaba la admisión de estas pruebas derivadas porque podían perfectamente haberse obtenido sin tal ilicitud o irregularidad³⁸⁸.

³⁸⁷ Representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 febrero SSTS 298/1994, de 7 febrero, 2054/1994, de 26 noviembre, 725/1995, de 5 junio y 499/1997, de 18 abril.

³⁸⁸ Sostuvo que las pruebas obtenidas de forma ilícita son admisibles si es inevitable que se habría descubierto legalmente. También sostuvo que para establecer la admisibilidad de tales pruebas, la acusación no tiene que demostrar la ausencia de mala fe. El fallo estableció una controversia sobre si las pruebas obtenidas en violación de los derechos constitucionales de un detenido todavía podría ser admisible en los tribunales. Cuando la evidencia hubiese sido descubierta inevitablemente por medios ilícitos implica o significa que es que admisible. Esta decisión es un ejemplo de las excepciones de la ampliación regla de exclusión del Tribunal Burger. En Norteamérica es corriente designar a los distintos períodos de la historia del Tribunal Supremo (TS) por el nombre de su presidente. Burger fue nombrado presidente en 1969. El Tribunal Burger ha tenido ocasión de examinar la doctrina en numerosos casos.

En esta sentencia norteamericana se tasaron tres límites a esta «evitabilidad»: la mala fe, la ausencia de efecto disuasorio y el lapso de tiempo transcurrido entre la ilicitud y el descubrimiento. Entendemos que en esta línea debería ahondar el Tribunal Constitucional, intentando objetivizar parámetros que otorguen al ciudadano y a los poderes públicos seguridad jurídica y las mayores garantías posibles.

Debemos matizar que el descubrimiento inevitable no se debe confundir con los «hallazgos casuales», que son meros descubrimientos de otros delitos a través de actos de investigación.

Al respecto opinamos que parece muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo -STS 28 abril 1995- donde se autorizó un registro domiciliario para investigar un robo, hallándose casualmente droga. El problema surge cuando se amplía o modifica objetiva o subjetivamente el acto de investigación, extralimitándose de lo establecido en la autorización judicial. Esta autorización es una garantía para el investigado frente a la arbitrariedad de la policía, pero en contraposición puede frustrar una investigación ante los nuevos hechos delictivos. La jurisprudencia entiende, entonces, que se trata de una *notitia criminis* que la policía no debe desconocer o ignorar, pero que tampoco puede obrar sin el respeto de las garantías procesales exigidas por la Constitución y la LECrim.

De esta forma, se exige que medie flagrancia para no suspenderse la acción policial.

Revisando las áreas que tradicionalmente han dado lugar a este tipo de pronunciamientos, no ha habido ningún caso en las de *impeachment*), cláusula de garantía o enmienda constitucional.

La referida Sentencia también dice “*En efecto, la inviolabilidad del domicilio está garantizada con la salvedad de que exista una resolución judicial que acuerde la entrada para investigar los posibles indicios de comisión de delito y también, y aun sin ese requisito si se tratare de flagrante delito*”.

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo en dicha Sentencia de 28 de abril de 1995, la entrada se verificó en virtud de un Auto del Juzgado de Instrucción en que se acordó, pues la Policía lo había solicitado así. Es cierto que el objeto del registro era la búsqueda de objetos procedentes de un robo con intimidación, pero con ello la Policía entró ya legalmente a efectos constitucionales en ese domicilio con lo que la garantía de su inviolabilidad no se ha infringido.

2.1. Tribunal Supremo de España. Sentencia de 4 de julio de 1997

La excepción del descubrimiento inevitable en la doctrina de los tribunales de España parece que proviene, no del Tribunal Constitucional, sino del Tribunal Supremo, que, en su Sentencia de 4 de julio de 1997, la estableció a propósito de un caso de tráfico de drogas en el que se obtuvieron resultados probatorios directos y relacionados como consecuencia de una intervención telefónica *ilegal*, a los que se habría llegado de todas maneras por otras vías procesales lícitas, otra restricción mucho más importante y más allá en las limitaciones de la eficacia refleja, en los siguientes términos tras recordar su propia doctrina anterior: «...*El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner*

especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal)³⁸⁹.

2.2. Tribunal Supremo de España. Sentencia de 6 de julio de 2009

En dicha Sentencia podremos observar cómo se condena al acusado de uno de los delitos que se le habían imputado y se condena a éste en méritos de la aplicación de la doctrina americana del *inevitable discovery*. Es sabido, como hemos apuntado, que el origen de la teoría del “descubrimiento inevitable” se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano—*Brewer vs. Williams* (1977), U.S. vs. *Ceccolini*.(1978)-

En síntesis, los hechos de esta Sentencia de 2009 del Tribunal Supremo español, hacen referencia al tráfico de drogas y blanqueo de dinero, dándose la circunstancia de que existió una doble instrucción judicial por unos mismos hechos. Relata los aspectos básicos constitucionales sobre las intervenciones telefónicas, indicando que fueron válidas las ordenadas por el Juzgado de Instrucción y declara nulas las ordenadas por el Juzgado Central de Instrucción (en relación a

³⁸⁹ El descubrimiento inevitable es un perfeccionamiento de la teoría de la prueba independiente, antes vista, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita y sin duda alguna el *inevitable discovery* proviene del caso *Nix v. Williams* de la jurisprudencia norteamericana de 1984, y para cuya ampliación de detalles nos remitimos a otros epígrafes que abordan el tema con mayor amplitud

un delito de tráfico de drogas, extrema gravedad y organización. Art. 370 C. Penal)³⁹⁰.

Con independencia de la autonomía de las pruebas que ofrecen las derivadas de estas intervenciones y de la Agencia Tributaria, respecto de un acusado que ha sido condenado por dos delitos: tráfico de drogas y blanqueo de capitales, en relación a este último delito, si bien las referencias obrantes en las intervenciones son significativas, el Tribunal Supremo declara que le es de aplicación la *doctrina del descubrimiento inevitable* en relación al delito de blanqueo de capitales.

Debemos poner de manifiesto que el Tribunal Supremo español en sus argumentos expresa el origen norteamericano de esta doctrina, como se ha venido manteniendo a lo largo de éste trabajo, y enuncia..."*Como es sabido el origen de la teoría del "descubrimiento inevitable" se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano—Brewer vs. Williams, U.S. vs. Ceccolini y constituye uno de los límites a los efectos de la teoría de exclusión de los frutos del árbol envenenado. Se trata por decirlo plásticamente, de una exclusión de la exclusión, en virtud de la cual cuando la prueba obtenida como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental, se hubiera obtenido de todos modos por medios lícitos, entonces no resulta razonable su exclusión, porque en cualquier caso se hubiera llegado al mismo descubrimiento por medios lícitos*"

³⁹⁰ Respecto de las analíticas de la droga ocupada efectuada por las autoridades competentes de Francia y Portugal, se argumenta su validez por el principio *libre circulación de la prueba en la U.E. a pesar de la ausencia* en el Plenario de los peritos franceses autores de la analítica de la droga.

El Tribunal insiste en dicha teoría de excepciones excluyentes de pruebas ilícitas y derivaciones reflejas, añadiendo argumentos que puedan justificar la aplicación de esta doctrina recurrente- puede que el cajón de sastre a medida- y así indica “*y a tal efecto, resulta relevante consignar, para reforzar la inevitabilidad de ese descubrimiento por la propia dinámica de la investigación desarrollada en las Diligencias Previas.*”

Además de la declaración de la coimputada, declara el Tribunal Supremo que de acuerdo con la teoría del descubrimiento inevitable, se hubiera llegado a través de la investigación llevada a cabo por el Juzgado Instructor al mismo informe de la Dirección General de Policía, que constituye un cuerpo de prueba, objetivo y externo, que acredita—y corrobora—la veracidad de la declaración de la coimputada.

En relación a la *extensión que debe darse a esta doctrina del descubrimiento inevitable*, el Tribunal Supremo únicamente la hace prolongable al delito de blanqueo de capitales³⁹¹.

En referencia a la prueba ilícita y a la excepción desarrollada resulta significativo destacar los razonamientos siguientes que hace la sentencia en cuanto al recurrente:” *hay que tener en cuenta que respecto del recurrente las únicas fuentes de prueba son las derivadas diligencias acordadas por el Juzgado Central de Instrucción—cuyas intervenciones telefónicas han sido declaradas nulas, lo que arrastra a todas las otras pruebas derivadas de ellas--*,

³⁹¹ La pericial ya citada, ha sido validada con la aplicación de la doctrina del descubrimiento inevitable, que acreditó la pluralidad de cuentas del acusado.

ya que en la instrucción llevada a cabo por el Juzgado instructor para nada se cita ni aparece el recurrente, sin que proceda en este caso hacer uso de la doctrina del descubrimiento inevitable a que antes hemos hecho referencia...”

Detalla el Tribunal Supremo que, en relación al recurrente, no existe *la inevitabilidad de haber sido descubierto* con independencia de la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado Central de Instrucción ya que la propia sentencia se refiere a pluralidad de personas que se dedicaban a hacer llegar dinero a un acusado determinado para que éste lo “colocara” en Colombia, añadiendo que solo a través de las intervenciones anuladas se ha llegado al conocimiento de dicho acusado y no de otros.

Finalmente se justifica la no aplicación a este acusado de la doctrina comentada, con el argumento de que deducir que en todo caso se hubiese llegado al conocimiento de esas dos personas es una hipótesis, y ésta nada tiene que ver con la inevitabilidad del descubrimiento.

Conceptúo que la doctrina del descubrimiento inevitable puede hallarse en la línea de la doctrina jurisprudencial de justificación poco sólida de supresión de la prueba refleja. Es una excepción socorrida que si baraja con determinados indicios acreditados en unos hechos enjuiciados le permite al Tribunal disponer de una situación para recurrir a una hipótesis de buenas intenciones futuristas en fase de investigación, pues permite que la prueba ilícita de unos hechos pueda llegar a ser obtenida de todos modos por medios lícitos, que de otro manera sin esta excepción tendrían difícil encaje y justificación, ya que seguirían siendo tildados y catalogados como ilícitos a tenor de la anterior y primitiva doctrina jurisprudencial en la materia.

3. Teoría del nexo causal atenuado.

La teoría del nexo causal *atenuado* o *purged taint* se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.³⁹² Se exige que el hecho por el que se reputa la culpabilidad nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen y la prueba derivada, bien la intervención de un tercero, bien la confesión espontánea. Se trata de datos inculpatorios en cierta medida conectados pero que surgen de manera natural y automática.

Al respecto expone la *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1997*, que «*El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas*». La investigación policial termina con la detención de la acusada en el Aeropuerto para ser conducida a la Comisaría de Policía, donde no se le encuentra, en un primer momento, cantidad alguna de droga. Por tanto y, al margen de la validez de la prueba inicial, la detención no hubiera arrojado resultado alguno de carácter inculpatorio ante la infructuosa búsqueda de la droga.

Lo verdaderamente determinante para la inculpación de la condenada que interpuso el recurso, nace de manera autónoma y de forma espontánea

³⁹² Auto Sala 2^a T.S. de 18 de Junio 1992 es característico de la doctrina del nexo causal atenuado.

cuando el taxista que había transportado a la acusada a Comisaría, al realizar una limpieza del taxi encontró un paquete que estaba entre el asiento y la puerta y que como era del mismo color que la tapicería del coche no se dio cuenta, en principio, de su existencia. A partir de este dato, que surge de manera natural y automática, la Sala sentenciadora dispuso de un elemento probatorio nuevo que aparece totalmente incontaminado y sin relación directa ni indirecta con las sospechas acumuladas durante la investigación policial orientada en función de las escuchas telefónicas ilegales. El taxista que realizó el hallazgo comparece en el acto del juicio oral y explica la forma en que se produjo lo que, unido a una serie de datos obtenidos de la declaración de la acusada en el acto del juicio oral, asistida por su representación técnica y con la debida inmediación y contradicción, lleva a la Sala sentenciadora a la convicción de que la acusada transportaba esa droga para su venta a terceras personas. El fundamento de derecho tercero encadena una serie de indicios, tomados todos ellos a partir de la aparición de la droga, que considera suficientes para integrar, no solo a la tenencia material de la sustancia estupefaciente sino también al ánimo tendencial que da vida al delito. El Tribunal resalta que tales elementos probatorios son de cargo y están total y absolutamente incontaminados por la invalidez de las escuchas telefónicas.

La jurisprudencia norteamericana, acorde con su amplio sistema de excepciones, ha objetivizado determinados parámetros para entender cuándo ese nexo se encuentra atenuado conforme se deriva del caso *Brown vs Illinois* (1975)³⁹³. Allí se explicita que cuando la prueba derivada se use para «fines

³⁹³ El apelante, que había sido detenido sin causa probable, y sin una orden judicial, en circunstancias que indican que la detención fue arbitraria .Cuando se hallaba bajo custodia de la policía hizo dos

anómalos o inusuales» resulta insólito que la policía hubiese actuado con tales móviles. En este supuesto la exclusión de la prueba carece de eficacia disuasoria alguna. Igualmente, se ha de poner en ponderación la intensidad de la infracción y la argumentación necesaria para romper dicho nexo lógico existente entre ambas pruebas, de modo que, cuando para ello se tenga que acudir a «argumentaciones sofisticadas» no podrá reputarse como válida esa prueba. Por último, la voluntariedad de una confesión o una testifical o el lapso temporal entre la ilicitud y el nacimiento de la prueba derivada es un dato relevante.

4. La clausura jurisprudencial de la prueba refleja y la decadencia en España de la prueba ilícita. La doctrina de la “*conexión de antijuridicidad*”

En la Sentencia núm. 81/1998 de 2 de abril el Tribunal Constitucional establece la vuelta a la teoría directa, en el sentido de que, aún existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. Desde un

declaraciones inculpatorias .Después se le instruyó de las advertencias prescritas por *Miranda v. Arizona*, 384 EE.UU. 436. A partir de entonces es acusado de asesinato. Presentó una moción previa al juicio para excluir las declaraciones. La moción fue rechazada y las declaraciones se utilizaron en el juicio, que resultó con la condena del solicitante. El Tribunal Supremo del Estado, a pesar de reconocer la ilegalidad de la detención del recurrente, sostuvo que las declaraciones eran admisibles ya que la lectura de las advertencias de *Miranda* sirvió para romper el nexo causal entre la detención ilegal y el momento de las declaraciones, y que la actuación del apelante al declarar era " un acto de libre albedrío para purgar lo suficiente la mancha principal de la detención ilegal". *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 486.

primer momento esta Sentencia ha sido polémica y muy discutida por diversos autores³⁹⁴.

A tenor de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, haciendo un test triple se puede averiguar la gravedad de la ilicitud y de la admisión de la prueba derivada y es posible llegar a provocar esta desvinculación jurídica, que justifica la admisión de la prueba refleja, y resumiendo, se trataría de valorar tres datos:

- Magnitud de la violación (es decir, la poca motivación del auto judicial que provocó la entrada y registro o la intervención telefónica).
- Entidad del resultado (por ejemplo, la confesión espontánea y legal del testigo que se encuentra dentro de la casa o noticia de una posible entrega de droga a partir del «pinchazo» telefónico).
- Necesidades de tutela del derecho fundamental sustantivo violado (importancia del bien jurídico protegido, incentivación de transgresiones legales en caso de ser admitida la prueba como válida).

A raíz de este triple test, el Tribunal Constitucional deduce y dictamina si partiendo de la gravedad de la inicial ilicitud, la prueba derivada admitida

³⁹⁴ , ELENA MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. p. 3 . José L. GÓMEZ COLOMER. Prueba y proceso penal. Tirant lo Blanch. Valencia 2003. p.18; J.L GONZÁLEZ CUSSAC, *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. Universitat de Castellón.2008. p. 1-2

produce una disolución jurídica de autonomía que conduce a que el Tribunal la admita como prueba de cargo la evidencia refleja, pudiendo ser valorada para sustentar una condena.

En líneas generales la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta sentencia núm. 81/98 se puede resumir del siguiente modo:

En esta fase de cambios doctrinales se continúa sin reconocer la existencia de un derecho procesal fundamental y autónomo del sustantivo.

El Tribunal Constitucional declara, en remisión a su doctrina de la STC. 114/1984, que la prueba ilícita o prohibida no figura como norma expresa en la CE. , al afirmar “*la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado..*”,

Para observar si se viola esta garantía del proceso, celebrado con todas las garantías, hay que observar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites o garantías procesales en su restricción (limitaciones de rango constitucional).

Según el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales sustantivos, al ser elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, adquieren una dimensión procedural pues son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia.

Este es un dato realmente nuevo a tener en cuenta. Hasta ahora, ante la simple valoración de una prueba ilícita, se entendía que quedaba contaminado el Juez y ello ponía en peligro el derecho a la presunción de inocencia. Es decir, el derecho fundamental violado y la garantía procesal eran independientes y sólo interesaban a efectos de amparo en la medida en que entre las pruebas existía una «ligazón».

Con la nueva doctrina la razón de ser y esencia de la garantía procesal se encuentra con el hecho de estar vinculada al derecho fundamental sustantivo. De este modo- la unión procesal y sustantiva- la inadmisión procesal de estas pruebas se incluye en el aspecto procesal, y que según el Tribunal Constitucional esta faceta forma parte de todo derecho fundamental sustantivo.

La presunción de inocencia sólo se viola cuando se condena sin prueba de cargo constitucionalmente válida. Deja de constituirse en patrón de validez conforme acontecía hasta ahora y pasa a ser confirmada sólo como canon de validez de la sentencia penal.

El significado viene a ser que antes de esta doctrina en el patrón de eficacia y validez de la prueba ilícita no existían filtros previos al análisis de la presunción de inocencia. Ahora, antes de estudiar la posible vulneración de éste derecho fundamental debe examinarse con carácter previo si existe vulneración de derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. El canon de validez de la nueva doctrina lo constituye el examen de si ha sido o no vulnerado el contenido de éste derecho fundamental.

La consecuencia no es baladí, dado que en términos de praxis implica y supone un filtro previo al análisis del la presunción de inocencia, y por tanto caben muchas más oportunidades procesales de que la sentencia sea condenatoria.

Enumera y recuerda la resolución STC. 81/1998 su doctrina de la presunción de inocencia, que en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E. , sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, afirmado desde la STC 31/1981 hasta otras como las SSTC. 24/1997 y 45/1997.

Uno de los elementos novedosos que introduce esta STC. 81/1998 de 2 abril es que *“La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior».*

Por tanto según se apunta, a partir de esta Sentencia nuestro Tribunal Constitucional declara que el canon de validez de las pruebas pasa a ser el

proceso debido. Sólo una vez examinada su validez a través de ese juicio de *desconexión de antijuridicidad*, entrará en juego la valoración de esas u otras pruebas de cargo y, por tanto, sólo en este momento el órgano jurisdiccional se moverá en el ámbito de la presunción de inocencia.

Otra innovación de la misma Sentencia, y que preludia la decadencia de la prueba ilícita en España, es la resultante según su línea argumental de mantener todavía viva la presunción de inocencia, aunque se haya infringido el derecho a un proceso con todas las garantías, pues pueden existir otras pruebas independientes y válidas, y que podemos comprobar en las palabras siguientes del Tribunal al declarar que «*A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida*»

Precisa el Tribunal Constitucional que «*Sólo en virtud de su origen inconstitucional (...) pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de*

valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible».

Define que el «juicio de experiencia» consistente en determinar la existencia de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas, se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte desde una perspectiva natural en pruebas independientes.

Una vez rota la antijuridicidad en la fase de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas. Lo que hace el Alto Tribunal para no perder esas pruebas, es plantearse ese juicio «sanador» delimitador de los elementos probatorios que derivan o no de lo ilícito, a efectos de averiguar si puede ser o no «filtrada». Con ello se logra salvar determinadas pruebas de la aplicación de la garantía procesal y del artículo 11.1 LOPJ. Ninguno de los dos entrarán en juego.

Con la nueva doctrina y sus rígidos requisitos creo que no será frecuente obtener un resultado favorable de amparo ante el Tribunal Constitucional pues hasta llegar a la última escala de la violación de la presunción de inocencia, como venimos manteniendo, habrá previamente que haber superado otros difíciles filtros doctrinales, de por sí ya complicados.

Como la garantía procesal se hace depender del derecho fundamental violado, sólo será objeto de amparo cuando esa “ligazón” o conexidad sea arbitraria y, además, haya fundamentado la enervación de la presunción de

inocencia como única prueba de cargo. En los demás casos, podremos encontrar la presencia de estas pruebas ilícitas en el proceso, incluso su valoración, pero sólo provocarán nulidad cuando se constituyeron como única prueba de cargo y el juicio de ruptura fue irracional, pues en el caso de haber «otras pruebas» independientes, la presencia procesal de tal violación conllevará a lo sumo una declaración de violación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero en ningún caso la absolución del condenado, pues la convicción judicial se formó sobre otras pruebas.

Por otro lado expresa que ...".*La jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva ex artículo 117.1 C.E., (...) sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes - SSTC 24/1997 y 45/1997- "*

En base a esta doctrina la función del T. Constitucional se centra en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuridicidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria.

Se añade que el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es en sí un hecho, sino un juicio de experiencia sobre del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, y que por tanto, no se halla exento del control constitucional. Como en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen del Tribunal

Constitucional ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo³⁹⁵. Enuncia que en el caso presente no se estima que sea irrazonable o arbitrario, por lo que concluye que la valoración de la prueba refleja practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

En cuanto a otro de los fragmentos de la Sentencia tratada, cuando se refiere al «juicio de experiencia» que deben realizar los órganos jurisdiccionales, según el Tribunal Constitucional esta expresión consiste en formular un triple test con dos correctores; por un lado, se atiende a las características de la vulneración (a su intensidad o gravedad) y por otro, atiende, desde una perspectiva interna, al resultado obtenido tras la vulneración y desde una perspectiva externa observa las necesidades esenciales de tutela del derecho sustantivo.

Se añade por el Tribunal que en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hay que comenzar por delimitar la zona problemática. Expresa que las pruebas puestas en tela de juicio desde una perspectiva constitucional, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías.

Expone que sólo en virtud de su origen inconstitucional pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración y que por lo tanto si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación

³⁹⁵ ATC 46/1983, fundamento jurídico 6., y SSTC 51/1985, fundamento jurídico 9., 174/1985, fundamento jurídico 2.; 63/1993, fundamento jurídico 5., y 244/1994, fundamento jurídico 2., entre otras.

alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo- en palabras del TC “*si tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena al mismo*”-, serían incuestionables su validez y valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia.

La comprobación de si la conexión de antijuridicidad existe o no, viene dada por el análisis del Tribunal Constitucional de los siguientes elementos:

- En primer lugar la cualidad y características de la vulneración del derecho fundamental sustitutivo en la prueba originaria (en el caso visto el secreto de las comunicaciones).
- El resultado conseguido para poder establecer si desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla(prueba refleja)
- Considera además una perspectiva externa para apreciar las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental exige (secreto de las comunicaciones).
- Las dos perspectivas (interna y externa) son complementarias. El Tribunal Constitucional afirma que la prueba refleja es constitucionalmente legítima si resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo.
- La justificación vendría dada en palabras del Tribunal Constitucional... “*al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.*”

Si observamos bien todo su análisis se centra en el derecho fundamental sustantivo vulnerado y en el resultado obtenido, porque el Tribunal Constitucional concibe el derecho procesal como derecho adjetivo del material.

A su parecer, para saber si ha habido violación de las garantías procesales, observa conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales con el resultado obtenido, así como «*las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen*». Esto no es más que el *balancing test* realizado por la Jurisprudencia norteamericana, pero con cierta objetivización en sus premisas³⁹⁶. La situación viene a ser similar a lo que aconteció en la doctrina norteamericana, al entrar en juego una ponderación entre la violación, el tiempo transcurrido hasta obtener pruebas derivadas, las características de la vulneración y su resultado, según se aludió con anterioridad.(el nexo causal atenuado o *purged tainted*)

Esta postura conlleva el peligro de dar soluciones distintas ante violaciones idénticas, bajo el pretexto del resultado. De hecho, según se comprobará, existen casos de intervención telefónica ilícita, basada en poca motivación o control judicial, en los que se habla de la obtención de un «dato neutro», como forma de romper la conexión de antijuridicidad entre las pruebas, mientras que en otros, a pesar de ser la violación idéntica, se anula

³⁹⁶ El *balancing test* es sabido que se refiere a la valoración o ponderación que hace un Tribunal de los valores e intereses y decidir cuál prevalecerá, en un intento de lograr la igualdad o la equidad entre dichos valores e intereses. Entre otros, se cita en el Capítulo I -Decadencia de la institución procesal de la *exclusionary rule*. 1. Retroceso de la *exclusionary rule* en los mandatos presidenciales de Nixon y Reagan.

todo lo actuado porque la información fue determinante. Además, si a estos dos parámetros a los acusados de determinados delitos que generan más alarma social, les adherimos un tercero, tan vago como la disuasión de los agentes policiales, la transcendencia del bien jurídico protegido, etc., el balance es, si cabe, todavía más peligroso. Puede que se entienda la lógica de estas premisas pero, en nuestra opinión, contribuyen a acrecentar la inseguridad de los poderes públicos que se ven abocados a actuar con celeridad.

Creo que en definitiva se trata de disponer de nuevos argumentos y parámetros doctrinales de índole constitucional para que los tribunales puedan optar con legitimidad entre dar más protección a la seguridad de los ciudadanos dictando resoluciones restrictivas y condenatorias ante hechos o supuestos graves que infundan una elevada alarma social o bien otorgar un tratamiento más benigno en otros supuestos que no incidan tanto en la sociedad, con lo que las sentencias serían diferentes o incluso alguna absolución.

Y a raíz de lo dicho sobre opciones doctrinales e innovaciones de la Sentencia que tratamos, hay que manifestar que con el fin de no incentivar la comisión de infracciones en la obtención de la prueba, el Tribunal Constitucional ha comenzado a hacer una delimitación de los mínimos exigibles en el supuesto de la protección del secreto de las comunicaciones. Cuando éstos concurren, la prueba será salvada y no entra en funcionamiento la eficacia anulatoria del artículo 11.1 LOPJ.

En conclusión, admitida la posibilidad de romper este juicio de antijuridicidad, es reprochable la actividad que viola derechos fundamentales, pero ello no obstará a admitir las pruebas subsiguientes. Lo importante es que exista prueba de cargo porque su falta afecta a la presunción de inocencia y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad *In dubio pro reo*. Llegado este punto, se ha producido el efecto contrario al buscado en 1984 con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, pues mientras que ésta plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas - sobre la base de lo acontecido en EEUU- , en 1998 se acabó de consagrar la doctrina del árbol envenenado pero reduciendo, en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, *negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina*. El correlativo de esta doctrina en la Jurisprudencia norteamericana parece encontrarse en la segunda fase estudiada, donde criterios economicistas y de seguridad ciudadana exigen comenzar a encontrar excepciones a la regla. Se produce el aludido desmantelamiento de la *exclusionary rule y de la fruit of the poisonous doctrine*.

Prueba de este desequilibrio en el binomio «libertad-garantías del imputado y seguridad-colectividad» puede verse, también, en la propia Exposición de Motivos de la reforma parcial de la LECrim de 2004 (aunque no referido al tema que nos ocupa) donde se proclama explícitamente la necesidad de proteger la segunda parte del binomio, es decir, la seguridad ciudadana frente a la posible impunidad del delincuente que, debido a la lentitud y carestía de la justicia, queda libre a la espera de un juicio. El cambio de perspectiva es sustancial: prima la protección de la víctima frente a la del acusado, sobre la que tanto se ha insistido durante décadas.

A título de resumen de esta nueva y actual doctrina constitucional, se podrían mantener los siguientes fundamentos jurisprudenciales :

1. Las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos son nulas como resultado de la exigencia en sí del Estado de derecho, que la CE instaurara.

2. Al objeto de distinguir si una prueba derivada de otra declarada inconstitucional es también nula, es necesario considerar de forma conjunta el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales.

3. Para analizar si una prueba refleja es o no constitucionalmente legítima debe hacerse desde la perspectiva del *derecho a un proceso justo*. Y en este sentido habrán de considerarse los siguientes criterios:

a) Existencia o no de una conexión de antijuridicidad entre las pruebas originarias y las derivativas.

b) Para determinar si ha existido o no dicha conexión de antijuridicidad, hay que tener en cuenta:

- La índole y características del derecho vulnerado y su resultado, para poder concretar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida.
- La necesidad de tutelar el derecho vulnerado, que en algunos casos puede llevar a declarar la nulidad de la prueba derivada. Habrá, pues para ello, que examinar el derecho sustantivo vulnerado y su intensidad, para poder precisar si la defensa de dicho derecho requiere la declaración de nulidad de la prueba refleja.

- Si las pruebas relacionadas tuviesen una causa real diferente y ajena al hecho constitutivo, las pruebas serían válidas.

4. Si se constata el carácter ilegal de una prueba en particular por vulnerar el derecho a un proceso justo, si no existen otras pruebas válidas, una condena basada en tales pruebas vulneraría el derecho a un proceso justo y además la presunción de inocencia.

5. Si en el caso de ser rechazada una prueba, por haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales existen otras pruebas, no contaminadas, a partir de las cuales el Tribunal ha deducido la culpabilidad del acusado, se respetaría el derecho a la presunción de inocencia, aunque se hubiese vulnerado el derecho a un proceso justo.

6. El canon de validez de las pruebas vendrá dado por el contenido del derecho a un proceso justo, y no en base a la presunción de inocencia.

Otro sector doctrinal años más tarde mantiene que en realidad, el nacimiento de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad», constituye un eslabón más en la ya larga cadena de criterios restrictivos en la aplicación de la regla de exclusión de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales, y en particular respecto a su desarrollo en la construcción de la exclusión de los «frutos del árbol emponzoñado»³⁹⁷.

No parece, en efecto, que haya acertado el Tribunal Constitucional con el nuevo enfoque- la conexión de antijuridicidad- dado a la garantía constitucional que nos ocupa, fundamentalmente por importar, sin más, unas

³⁹⁷ José L. González Cussac. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, p. 2.

categorías ajenas a nuestra tradición jurídica, que proporcionan una perspectiva difícilmente compatible con la propia naturaleza de los derechos fundamentales procesales en nuestro marco jurídico³⁹⁸.

Hasta esta nueva Sentencia restrictiva la discusión se centraba en los límites de la aplicación del principio de interdicción de las pruebas obtenidas con lesión de derechos fundamentales a las adquiridas gracias al conocimiento alcanzado de otras ilícitas. Es decir, no de las pruebas directas que lesionan el derecho fundamental, sino de las logradas a partir del conocimiento derivado de aquéllas primeras, de las llamadas pruebas indirectas o reflejas.

En este contexto es donde cobra sentido la aparición en la jurisprudencia constitucional de la *doctrina de la «conexión de antijuridicidad»*, al tratar de establecer un criterio de solución para la extensión de este principio de interdicción de la prueba ilícitamente obtenida, a las pruebas indirectas o reflejas, o sea, a las logradas a través de un conocimiento derivado de las que directamente vulneran un derecho fundamental. Expresado en palabras de VIVES ANTÓN, la cuestión es establecer «cuándo el resultado de una acción constitucionalmente ilícita –la de la obtención de la prueba con vulneración de derechos fundamentales- es también constitucionalmente ilícita y como consecuencia, puesto que ese resultado es otra prueba –la derivada-, ha de aplicársele igualmente la regla de exclusión»³⁹⁹.

³⁹⁸ José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales. *La Garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas. Madrid. 2001. p.93-94

³⁹⁹ VIVES ANTÓN. *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002. p.6.

La nueva doctrina de la «conexión de antijuridicidad» se puede entender en primer término, como un intento de establecer reglas, habida cuenta de la carencia hasta ese momento de criterios constantes de aplicación. De sobra es sabida la existencia de una jurisprudencia variable y la ausencia de la traslación a nuestro modelo del sistema de excepciones angloamericano por la STC 114/1984, si bien poco después a esta fecha se iniciaron los límites con diferentes excepciones a la prueba refleja, como se ha visto y descrito, asumiendo e importando la mayoría de doctrina y conceptos de la cultura jurisprudencial americana.

La importancia de la pionera sentencia STC. 81/1998 de 2 de abril radica en que es la primera que fija un canon, llamado también por primera vez «conexión de antijuridicidad», dotándole de un contenido netamente normativo y no meramente causal, que servirá para deslindar los supuestos en los que la primera prueba ilegítimamente obtenida arrastra también en su inconstitucionalidad a la prueba refleja, frente a aquellos otros en los que ésta podrá valorarse al no encontrarse contaminada jurídicamente por la original. Se apunta a que esta nueva doctrina ha sido seguida y aplicada en posteriores resoluciones, siendo los más trascendentales los contenidos en las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; y, 22/2003, de 10 febrero 2003. Igualmente la jurisprudencia ordinaria se ha hecho eco de esta doctrina en múltiples resoluciones. Es mi opinión que los parámetros jurisprudenciales derivados de la STC. 81/98 y siguientes constituyen en España las tendencias mayoritarias doctrinales en la actualidad.

Se sigue manteniendo, en principio, y como regla general, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental.

Sentada esta idea general, la conexión de antijuridicidad lo que persigue precisamente es resolver este dilema: cuándo las pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales pueden ser también consideradas como una infracción de la norma fundamental. Es decir, en qué casos esta ilicitud constitucional de las pruebas que originalmente lesionan derechos fundamentales, se traslada, alcanza o contamina a la prueba derivada o refleja⁴⁰⁰.

5. La excepción del “hallazgo casual” en la jurisprudencia española

Es una excepción de la prueba ilícita del Tribunal Supremo, que en su Sentencia 1313/2000, de 21 de julio determinó que el hallazgo casual de una prueba es lícito y enerva la presunción de inocencia, aunque la prueba originaria sea ilícita. No es que trate por vez primera aquí los efectos jurídicos del hallazgo casual, sino que es en esta sentencia en la que lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y lo ha hecho en un caso de delito contra la salud pública en que se conoce la prueba independiente de

⁴⁰⁰ Autor op. Cit. JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, p. 3. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*

manera totalmente fortuita mediante una interceptación telefónica efectuada en otra causa, en los siguientes términos:

Señala en su F.D. 4, en remisión al derecho procesal penal europeo, que la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPrP (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, “*la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa*”, aunque en este apartado el Tribunal Supremo hace referencia al derecho europeo, en concreto al alemán e italiano, creo que en realidad estamos en presencia de una doctrina muy similar a la del “descubrimiento inevitable, *inevitable discovery*” propia de EE.UU. que hemos descrito y analizado⁴⁰¹.

La doctrina del hallazgo casual de un hecho no investigado determina que el hallazgo casual no se ve afectado por la nulidad de la investigación inicial, sino que ésta solo afectará al caso para el cual se había iniciado la

⁴⁰¹ *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro.* Adán Nieto Martín, Luis Arroyo Zapatero y otros. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha-2007. p. 19. El derecho procesal europeo denomina a esta doctrina «*hallazgos casuales*». El derecho procesal europeo es una pretensión doctrinal de armonizar el derecho procesal penal de los Estados de la Unión Europea, según un estudio de Tiedemann y Höpfel. Creo que existe cierto parangón en su aplicación con la teoría americana del hallazgo inevitable o también descubrimiento inevitable –*inevitable discovery*– pudiendo prestarse a cierta confusión. No son iguales pero de algún modo pueden tener una filosofía doctrinal común. En las dos direcciones jurisprudenciales se mantiene que *allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos..* tanto causal como inevitablemente investigando.

investigación. Un ejemplo tipo podría ser: si durante un registro ilícito en un domicilio en busca de drogas se encuentra un cadáver, la ilicitud inicial no impide que se pueda abrir una investigación y posterior enjuiciamiento sobre los hechos que originaron la aparición del cadáver.

El auto del Tribunal Supremo de 29 enero de 2009, en relación a la doctrina del hallazgo casual en su FJ. 3 C señala que “ *la queja, planteada igualmente en la instancia y contestada por la Sala “a quo” en el F.J. 1º de la sentencia, nos lleva a traer a colación la doctrina del hallazgo casual, en relación con el cual esta Sala tiene insistentemente expuesto por todas, SSTS nº 768/2.007, de 1 de Octubre , y nº 822/2.006, de 17 de Julio- que el hecho de que el descubrimiento de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no conlleva, simple y llanamente, la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo, siempre y cuando, el registro esté debidamente autorizado.*

Ya antes de la antes aludida Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2000, podemos encontrar datos jurisprudenciales en la Sala Segunda del Tribunal Supremo que establecen la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado, es decir un hallazgo casual posterior y pruebas halladas no relacionadas directamente con el registro constitucional. Así la STS de 18-2-1994 afirma que: “ *si las pruebas halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se encontró, nada impide que tales pruebas puedan ser valoradas*”; y la STS 465/1998, de 30 de marzo , indica que: “ *se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable*

a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado”.

Por su parte, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual. Así en la Sentencia de Tribunal Constitucional núm. 41/1998, de 24 de febrero, afirma que: “...el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención...”⁴⁰².

El Tribunal Constitucional parte de su doctrina en los casos de la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, precisando que sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa el registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (arts. 18.2 C.E., 87.2 L.O.P.J. y 546 LECrim.). En el caso resuelto por la resolución analizada se había condenado por tráfico de drogas en virtud del hallazgo casual de heroína en un registro.

Se detalla que éste es el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar. Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra

⁴⁰² En la STC 94/1999, de 31 de mayo, en resumen se analiza la legitimidad constitucional de una condena por tráfico de drogas basada en el hallazgo casual, tras la práctica de un registro, de una importante cantidad de heroína en el domicilio del acusado.

dimensión, el plano de la legalidad. Ésta, por medio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 569) no en la Constitución, que exige la presencia del Secretario judicial para tal diligencia probatoria. Por ello, su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes facetas (SSTC 349/1988 y 184/1993)» (STC 133/1995, fundamento jurídico 4.º).

Por tanto, un eventual incumplimiento de las normas procesales donde se imponen ese tipo de requisitos, no afectará al plano de la constitucionalidad, pues sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba y no en el del derecho a la inviolabilidad domiciliaria⁴⁰³.

Cuando el Tribunal Constitucional argumenta la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio declara que se habría producido si se hubiera utilizado la autorización judicial más allá del límite temporal expresado en la misma (exceso temporal en la ejecución), y que, tras la lectura de las actuaciones, se pone de manifiesto que la práctica del segundo registro no se efectuó en las mismas circunstancias que justificaron la primera autorización judicial, razón por la que su realización no podía fundamentarse en las mismas razones tenidas entonces en cuenta.

⁴⁰³ La vivienda registrada ha de ser considerada, desde la perspectiva constitucional, un domicilio inviolable en el sentido que ha sido expuesto por la doctrina de este Tribunal (SSTC 22/1984, 137/1985, 160/1991, 50/1995 y 126/1995), y tal como lo ha estimado el Tribunal Supremo. Los datos de hecho que arrojan las resoluciones impugnadas y el resto de actuaciones procesales indican que el inmueble registrado se hallaba situado en la cuarta planta de una céntrica calle de la ciudad de Madrid; su configuración física y su destino natural era el de vivienda; se hallaba cerrado hubo de accederse con la llave del portero de la finca, y en él se hallaron efectos que denotan que en el mismo se realizaba vida privada como ya se ha dicho se encontraron varias fotografías del recurrente, el contrato de alquiler de la propia vivienda, una agenda con anotaciones personales y varios documentos de identidad en blanco

La conclusión es que en ningún caso el segundo registro podría quedar habilitado por la misma resolución judicial que autorizó el primero⁴⁰⁴. Indica el Tribunal que el conjunto de circunstancias y una nueva confidencia recibida, debió ser puesto en conocimiento del Juez de Instrucción para que autorizase nuevamente la inviolabilidad domiciliaria.

Cabe concluir que la resolución judicial inicial, no era apta para entrar y registrar por segunda vez, siendo inconstitucional por lo que la ilicitud constitucional de la entrada y registro practicada impide valorar como prueba de cargo el acta donde se recogió el resultado de la misma, conforme al art. 569 LECrim. y las declaraciones de los Agentes de la Autoridad que lo llevaron a cabo. Tales pruebas constituyen la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y, por lo tanto, su valoración en juicio como prueba de cargo frente al recurrente ha vulnerado su presunción de inocencia. Lo mismo cabe decir de las declaraciones de los demás.

El Tribunal Constitucional, al no hallarse autorizado judicialmente el registro que dio lugar al hallazgo de la droga, estimó que al practicarlo se había vulnerado el art. 18.2 de la Constitución y, consecuentemente, pasó a analizar si la droga ocupada a consecuencia de tal registro constitucionalmente ilícito, podía utilizarse como prueba de cargo. Tras aludir a las dos perspectivas, interna y externa, a partir de las cuales ha de decidirse la existencia o inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre la prueba

⁴⁰⁴ Uno de los sospechosos era arrendatario de la vivienda, y se hallaba no sólo identificado sino detenido; la policía, aunque mantenía dudas al respecto, conoció a través del portero de la vivienda quiénes eran los usuarios habituales de la misma; se habían encontrado en el primer registro documentos que vinculaban al recurrente con la vivienda sus fotografías y el contrato de alquiler, y se contaba, además, con el dato negativo de no haber hallado ninguna cantidad de droga en el registro anterior. Además, la razón de ser del segundo registro fue una nueva confidencia que confirmaba la presencia de la droga en el lugar ya infructuosamente registrado.

constitucionalmente ilícita y sus derivadas o reflejas, en los términos que acaban de exponerse, el Tribunal Constitucional procede a enjuiciar el caso en los siguientes términos:

“Establecido, con ello, el canon con el que enjuiciar si procede o no excluir la licitud constitucional de la valoración de las pruebas de que aquí se trata, y antes de proceder a su aplicación al caso, hemos de efectuar algunas precisiones sobre éste, a saber:

- a) Que en relación con el derecho a la intimidad (STC 81/1998, de 2 de abril, fundamento jurídico 6), el derecho fundamental vulnerado –la inviolabilidad domiciliaria-, del que el recurrente era titular, es de los que definen su estatuto procesal básico, su más propio entorno jurídico, al proteger de forma instrumental su vida privada, sin cuya vigencia efectiva podría, también, vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.
- b) Que, además, en este caso, la vulneración se aduce frente al propio recurrente y sus efectos se utilizan directamente para condenarle, provocando así un evidente desequilibrio a favor de quien recaba instrumentos probatorios con desprecio de los derechos fundamentales de otro y en contra del recurrente en amparo (STC 114/1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 5º)
- c) Que la entidad de la lesión (ausencia de la autorización judicial constitucionalmente prevista como garantía del derecho) es máximo, lo que justifica una paralela necesidad de disuasión de quienes

protagonizan tales comportamientos (STC 81/1998, de 2 de abril, fundamento jurídico 6).

- d) Que cursar una nueva solicitud de entrada y registro no implicaba entorpecimiento de la investigación, por lo que no cabe excluir la negligencia.*
- e) Que entre uno y otro registro transcurrieron más de doce horas, en las que el domicilio registrado estuvo sometido a cualquier posible manipulación, con la consiguiente merma de la fiabilidad del resultado probatorio que se valoró en juicio".*

La ilicitud constitucional de la entrada y registro se estimó determinante para el hallazgo de la droga, por lo que, no habiendo ninguna otra prueba constitucionalmente lícita, hubo de anularse la Sentencia condenatoria.

En palabras del Tribunal *"Ese resultado parece, a primera vista, paradójico: un individuo, en cuyo domicilio se encuentra una importante cantidad de heroína resulta finalmente absuelto del delito de tráfico de drogas. Ese efecto es contraintuitivo: a simple vista, parece comportar una suerte de burla de la verdad y de la justicia, pues si el acusado cometió el delito, debe, inexorablemente, sufrir la pena"*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2009, por su parte, en su F.D. 2 expresa que como es notorio, conforme a consolidada y notoria jurisprudencia, para que la restricción del derecho fundamental de la persona al secreto de las comunicaciones, proclamado en el art. 18 de la Constitución, sea constitucionalmente admisible, el hecho a investigar deberá

constituir, en su caso, un delito grave, lo cual justificaría la medida desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Además, los indicios de su posible comisión, que deben concurrir para que pueda ordenarse válidamente por la autoridad judicial la restricción de tal derecho, habrán de ser objetivos, accesibles, contrastables y suficientes para poder acordar dicha medida, la cual, por último, deberá ser necesaria y posible, y estar debidamente fundada en la correspondiente resolución judicial.

De acuerdo con la anterior doctrina, en el caso debatido (TS. de 22 de enero de 2009), los indicios -ciertamente relevantes- de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un hecho delictivo grave, como es el tráfico ilícito de drogas, obtenidos -como *hallazgo casual*- en el curso de la investigación judicial sobre una actividad delictiva distinta (un robo con intimidación y una detención ilegal), en principio, deben considerarse fundamento suficiente para que la autoridad judicial pueda ordenar válidamente la incoación de un nuevo proceso y, en él, una nueva intervención telefónica para investigar el presunto delito contra la salud pública; pues, es indudable que *el “hallazgo casual”* se ha producido en el marco de una intervención telefónica ordenada por autoridad judicial competente y que los indicios revelados son objetivos, accesibles y con entidad suficiente para que la misma autoridad judicial pueda ordenar una nueva intervención telefónica.

La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad de las injerencias ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre dicha cuestión con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular.

Sin embargo no será obstáculo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso, conforme al art. 11.1.de la LOPJ.

El Tribunal Supremo rechaza la tesis de la nulidad de las intervenciones telefónicas y de cualquier otra prueba incriminatoria conectada antijurídicamente con ellas y ordena la devolución de las actuaciones al Tribunal inferior para que valore las pruebas practicadas en esta causa y dicte nueva sentencia.

Entiendo que la doctrina del hallazgo casual tiene una connotación significativa con la prueba prohibida, y es que no deja de ser una variante más de las excepciones a la prueba ilícita que hemos visto, muy posiblemente entroncada doctrinalmente con el descubrimiento inevitable y con la prueba independiente.

Lo argumento por cuanto partiendo de una situación fáctica primaria de una investigación abierta, por ejemplo por un presunto delito de detención ilegal y robo con intimidación, en el que existen unas intervenciones telefónicas autorizadas, y a través de éstas la policía tiene conocimiento de que pueden

existir fundados indicios de la comisión de un presunto delito contra la salud pública. Si son declaradas ilegales las intervenciones telefónicas, pero en el curso de la investigación sucede un hallazgo (descubrimiento) casual - al que también podemos denominar fortuito, accidental e imprevisto y en cierto sentido inevitable- , de una fuente de prueba independiente- según la doctrina- como lo sería el presunto delito contra la salud pública, éste conocimiento debiera ser apartado de la investigación por cuanto su origen está basado en una prueba ilícita que ha contaminado el resto de la investigación, no debiendo seguir ésta su curso de validez ni eficacia probatoria.

Ahora bien esta consecuencia de la doctrina de la prueba refleja, es posible que en su día pudiera haber tenido éxito, pero probablemente decaería en su estimación después de 1998- e incluso antes- cuando lo anudamos a las excepciones a la regla de exclusión y la prueba refleja.

No se comparte el criterio de la referida Sentencia del Tribunal Supremo(22 de enero de 2009) que expresa en relación al hallazgo imprevisto: “*deben considerarse fundamento suficiente para que la autoridad judicial pueda ordenar válidamente la incoación de un nuevo proceso y, en él, una nueva intervención telefónica para investigar el presunto delito contra la salud pública..*”, ya que esa nueva intervención telefónica, desde mi punto de vista es una especie de convalidación de otra anterior ilegal.

En definitiva el hallazgo de la línea de investigación del nuevo presunto delito de tráfico de drogas también ha podido ser un *descubrimiento inevitable*,

e incluso reconvertido en *prueba independiente*, y por lo tanto pueden estar aplicándose combinadamente las dos excepciones de modo sutil.

VII. DIFERENCIAS DEL SISTEMA JUDICIAL EN AMBOS ORDENAMIENTOS.

1. Cuestiones previas

Como hemos mantenido en varios apartados, en EE.UU. la regla de exclusión ha evolucionado desde que fue establecida a principios del siglo pasado en *Weeks v. United States* (1914), en términos generales y, seis años después, en *Lumber Company v. United States* (1920), respecto de los “frutos del árbol emponzoñado. Durante unos sesenta años fue evolucionando dentro de unos parámetros principalmente proteccionistas de los derechos fundamentales contenidos en las Enmiendas. Aunque desde pronto se fueron incorporando límites en forma de excepciones a la regla de exclusión, puede sostenerse que la doctrina del árbol envenenado se aplicó en un sentido garantista durante un extenso lapso de tiempo. Es en la década de los años setenta a ochenta cuando la institución comienza a desmoronarse, desmembrándose en múltiples excepciones, trabas y criterios jurisprudenciales cada vez más restrictivos. Por ello finalmente el corolario puede ser que la Corte Suprema ha reconocido, como expone SALAS CALERO, el impacto nocivo que la aplicación absoluta de la misma tiene sobre la confianza del

pueblo en el Poder Judicial y ha desarrollado una serie de *excepciones a su aplicación automática*⁴⁰⁵.

En España hemos puesto de manifiesto en diferentes apartados y epígrafes del trabajo, que la influencia e inspiración doctrinal de EEUU. llegó en 1984 y que tuvo un rápido desarrollo en su fase inicial, citando tendencias y aplicando doctrina o precedentes americanos desde esa misma fecha. En la década siguiente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tras comprobar que los efectos de la prueba refleja y la doctrina del árbol envenenado acarreaba absoluciones en delitos muy graves de trascendental impacto social como pueden ser los de tráfico de estupefacientes a gran escala y algunos casos de terrorismo, optaron por acogerse para poner freno a las excepciones tanto de la prueba refleja como de la directa. De este modo podemos decir – en términos didácticos y comparativos- que hemos recorrido en veinticinco años un camino doctrinal en la prueba ilícita penal muy similar a lo que ha supuesto a la institución americana homóloga de la *exclusionary rule* una cronología histórica efectiva de unos 123 años.

⁴⁰⁵ L. SALAS CALERO. *Últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatoria*. Valencia 2008. Tirant lo Blanch. p. 2

2. Cómo se justifica la exclusión en el régimen judicial norteamericano

En Estados Unidos, la regla de exclusión opera sobre la base de tres clases de razones, que a menudo convergen: la tutela del derecho fundamental, el efecto disuasorio sobre los agentes de la policía y la idea de “integridad judicial” de la Constitución, que impide basar una resolución en elementos inconstitucionales.

Se puede dar por aceptado que las diferencias procesales y sustantivas entre el ordenamiento español y el ordenamiento norteamericano ocasionan, en buena medida, la incertidumbre para la mayoría de los operadores jurídicos. De una parte, afectan a la estructura misma del ordenamiento y, de otra, a los diferentes modos de razonar en Derecho que se practican en el ámbito continental respecto de los países de *Common Law*, de modo que los argumentos que en Estados Unidos se aducen para justificar la exclusión y sus límites no pueden trasladarse, sin más, a España, según expresa VIVES ANTÓN⁴⁰⁶.

No obstante, si nos atenemos a la cuestión práctica, entiendo que se puede afirmar que en ambos países y sistemas judiciales es el Juez quien ordena si una o varias diligencias de prueba o pruebas ha de ser expulsada del proceso o si no ha de ser valorada o, si, en su caso, se ha de apreciar si procede la *exclusión de las pruebas derivadas* de las ilícitamente obtenidas u originarias.

⁴⁰⁶ A. VIVES ANTON. *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*. Valencia 2008. Edit. Tirant Lo Blanch, p.4

En definitiva, resulta obvio que existen diferencias, pues cada país tiene su proceso penal, sus normas o reglas, pero entendemos que en lo que respecta a la aplicación de la regla de exclusión, excepciones y sus consecuencias jurídicas en el resultado final de una Sentencia, ambas culturas jurídicas se comportan de modo similar.

En procedimientos penales habituales de los Juzgados, en la práctica forense, y en función de la experiencia del autor de la tesis, cabe resaltar que en España resulta excepcional -no debiera ser así pues no existe motivo que lo prohíba- que en la fase de instrucción sea declarada ilícita una diligencia de prueba pues a pesar de que la doctrina si lo afirma y comparte, en la práctica judicial no se hace sobre todo en los Tribunales unipersonales. Lo más común es que sea en fase inicial del *juicio oral*. Se propone en el Proceso Abreviado en las llamadas cuestiones previas, que en la práctica no suelen resolverse y decidirse en el acto previo a la vista sino más bien, acaso por la complejidad del asunto y momento, los jueces lo dejan diferido para la Sentencia.

Quizás esta fase sea la que más se diferencia del sistema procesal americano, en donde existe una audiencia preliminar específica posterior a la acusación para resolver si alguna prueba debe ser excluida del proceso y no tenerse en cuenta ni valorar(*suppression hearing*)⁴⁰⁷.

Respecto de las diferencias relativas a la estructura del ordenamiento, como es sabido, debe señalarse especialmente que en España la titularidad de la investigación oficial corresponde al Juez de Instrucción (artículo 286

⁴⁰⁷ Es la denominada audiencia de supresión. (*suppression hearing*). Es una audiencia específica en la que se vierten unas alegaciones sobre inadmisibilidad de materiales probatorios. En el proceso penal federal la audiencia de supresión es un trámite procesal posterior a la formalización de la acusación mediante el *indictment o information* y previo al juicio(*trial*)

LECrim.) (En menores al Fiscal..) mientras que, en Estados Unidos, por regla general, el Juez es meramente un órgano de garantía. Creemos que en España también es o debe ser un juez de garantías. Así en la CE. cuando se menciona las garantías de las libertades y derechos fundamentales(Artículo 53.1.) se expresa que los derechos y libertades del Capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).Por otro lado cuando la Carta Magna proclama que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.(artículo 117.1), entendemos que los jueces al deber actuar en el ámbito de sometimiento único al imperio de la ley ,también implica un cometido de ser órgano de garantía en sentido amplio de los derechos de los ciudadanos, y en especial de aquéllos que ostentan la condición de derechos y libertades fundamentales.

Por otro lado puede entenderse al juez de instrucción como órgano de garantía en virtud de lo previsto lo previsto en el art. 24 CE.

Por ello, como garantes de la Constitución y las Leyes no vemos mayores diferencias de fondo y esenciales entre EEUU y España en el tratamiento procesal de la regla de exclusión⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en el Consejo de Ministros de 22-7-2011, rompe con el sistema tradicional de la instrucción por parte del Juez, asumiéndola el Fiscal e introduce conceptos e instituciones procesales insólitas en España como un juez de garantías, un juez de la audiencia preliminar, juicio de “acusación”, y otros. Es una inspiración muy notoria en el sistema americano y de otros países continentales.

Por otro lado, a tenor de lo expuesto se deriva que los vicios procesales de las resoluciones judiciales en forma de Auto(autorizaciones de interceptación de conversaciones telefónicas, entradas y registro, y otras semejantes) que puedan restringir derechos fundamentales afectan en España a la investigación misma mientras que en Estados Unidos no.

Sobre esta base, cabe justificar que el hecho de que los vicios(actos procesales defectuosos) de la resolución judicial autorizante no vicien en aquel país la prueba no es significativo en orden a llegar a la misma conclusión final en el nuestro: siendo el Juez en ambas culturas jurídicas un órgano garante de la Constitución, si a la hora de emitir una decisión observa pruebas que durante la investigación han estado afectadas por vicios constitucionales, debe rechazarlas o en su caso no valorar como válidas.

Otra diferencia que existe en Estados Unidos es que rige un principio muy amplio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, que permite al Ministerio Público no acusar a la policía, cosa que, al parecer, es la regla general. Por consiguiente, debilitada la tutela penal de los derechos fundamentales, parece totalmente indispensable arbitrar otro mecanismo que les otorgue una protección suficiente y a esto responde, al menos en parte, la prohibición de utilizar las pruebas ilícitamente obtenidas y sus frutos⁴⁰⁹.

No puede decirse que el ordenamiento español se parezca en absoluto, en este punto concreto, al norteamericano: no hay principio de oportunidad ni monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público. Por

⁴⁰⁹ Op. Cit. VIVES ANTÓN, *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*, y que además mantiene que en EE.UU. La doctrina de la disuasión policial tiene un fundamento pragmático que en dicho país lleva a negar la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares, p.5

consiguiente, pueden y deben producirse, y de hecho se producen, condenas de agentes de la policía por actuaciones ilícitas. Desde esta perspectiva, la necesidad de tutela del derecho fundamental es menos fuerte que en el Derecho norteamericano. Sin embargo, dado que el Juez dirige la investigación, debe señalarse que, aún cuando también es posible la condena penal o civil de los Jueces por intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales del imputado, de hecho casi no se producen nunca⁴¹⁰.

Tampoco está arraigado entre nosotros el modo de pensar que se refleja en la doctrina de la “integridad judicial”, esta vez por razones que afectan a la estructura del Ordenamiento. Ciertamente, la idea de que el Juez tiene una vinculación más fuerte a la Norma Suprema que a las leyes ordinarias y que ha de dejar de aplicar éstas cuando entren en conflicto con aquélla -que es la base de tal doctrina- se halla vinculada, en el continente europeo, al nacimiento mismo de la jurisdicción constitucional. Pero, puesto que sólo ésta puede enjuiciar la Ley, los tribunales ordinarios no podrían dejar de aplicar las normas legales que ordenan la admisión y valoración de las pruebas sin atender a su origen en virtud de su superior sometimiento a la Constitución: en otras palabras, aunque pueden interpretar la Ley conforme a la Constitución, cuando la contradicción entre una y otra no pueda remediararse por esa vía, no podrán permanecer “íntegros”, a menos que planteen la cuestión de inconstitucionalidad⁴¹¹.

⁴¹⁰ Op. Cit. Nota VIVES ANTÓN. *Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado*. Valencia, 2020, p.5

⁴¹¹ Vives Antón op. cit. p. 6

En nuestro país la exclusión de las pruebas inconstitucionales y las derivadas de las ilícitamente obtenidas ha de oscilar pues, sobre la idea de tutela de los derechos fundamentales; pero, esa idea no podrá descansar únicamente sobre la necesidad o conveniencia del efecto disuasorio ni apoyarse en capacidad alguna de los jueces ordinarios para enervar la Ley. Habrá, por consiguiente, de construirse, desde la perspectiva constitucional, sobre la base del contenido de los derechos fundamentales, de la integración de ese contenido en el artículo 24 de la Constitución (derecho a un proceso con todas las garantías) y de las posibilidades de interpretación de las leyes conforme a la Constitución e, incluso, de aplicación directa del artículo 24 por los Jueces ordinarios allí donde el texto de la Ley Procesal no lo impida, dada la eficacia inmediata que a tales derechos cabe atribuir en nuestro Ordenamiento.

3. Los límites o excepciones de la regla de exclusión en Estados Unidos

A modo de recapitulación, la regla de exclusión de los frutos del árbol emponzoñado implica, lógicamente, la existencia de un nexo causal entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba derivada de ella de modo que quedan, por así decirlo, “excluidas de la exclusión” las denominadas fuentes independientes de prueba. En vía de principio, parece claro que si una prueba lícita tiene un origen lícito e independiente de cualquier vulneración constitucional no puede ser alcanzada por la regla de exclusión. No obstante, otra cosa será determinar, en la práctica, cuándo se da esa independencia causal, cosa que puede resultar altamente problemática. Por regla general, ha

sido aplicada en supuestos en los que, existiendo una investigación en curso, la prueba obtenida a causa de la violación de un derecho fundamental se habría conseguido de todos modos, inevitable o muy probablemente, a través de las prácticas habituales de la investigación policial, con lo que el efecto de la violación sería sólo el de anticipar el descubrimiento⁴¹²

El Tribunal Supremo Federal Norteamericano no ha limitado la aplicación de las reglas sólo a los casos de inexistencia de nexo causal; sino que ha ido extendido los límites o excepciones de aplicación a otros muchos supuestos, como, a continuación, glosamos.

3.1. Supuestos de contaminación atenuada (*purge tainted*).

La exclusión de los frutos del árbol emponzoñado no opera allí donde la secuencia temporal, las circunstancias interviniéntes, el mayor o menor impacto de la conducta ilícita (así, v.g., se afirma que no puede sacrificarse una prueba de gran valor si el efecto preventivo no parece claro) o la concurrencia de una actuación voluntaria (v.g., una confesión) atenúa de tal modo la tacha de ilicitud de la prueba derivada que torna irrazonable excluirla.

El Tribunal Supremo americano ha señalado que es preciso ponderar los diversos factores concurrentes sin que pueda asignarse matemáticamente un

⁴¹² Se hace expresa reseña a las excepciones creadas a la regla de exclusión y que en los últimos años ha tenido un acceso rápido y progresivo en la jurisprudencia de España. En este caso nos referimos a la doctrina o excepción del descubrimiento inevitable.

determinado peso a cada uno de ellos, por lo que la decisión final es el resultado impreciso de una ponderación (*balancing*)⁴¹³.

3.2. Inevitable discovery

Otro límite es el del llamado descubrimiento inevitable. La limitación de la exclusión se basa en la idea de que la prueba obtenida de hecho como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental hubiera sido obtenida, de todos modos, por medios lícitos. A menudo se la confunde con la prueba obtenida a partir de fuentes independientes de la violación; pero, aunque en ambos casos haya, en efecto, una violación se habla de fuente independiente cuando la prueba derivada no se obtiene a partir de ella, sino que tiene un origen lícito, mientras que el descubrimiento inevitable presupone un origen de facto ilícito, por más que, en virtud de la excepción, la ilicitud no alcance al resultado probatorio.

3.3 Good faith exception.

Es el último supuesto que conocemos, el de la llamada *excepción de la buena fe*, según la cual con la exclusión de la prueba ilícita no se cumple la finalidad preventiva de la actuación policial en los casos en que ésta actuó de buena fe creyendo que lo hacía dentro de la ley. La buena fe policial puede hallarse motivada por defectos de la Ley o por defectos en la actuación del Juez.

⁴¹³ Es conocido que se refiere a la valoración o ponderación que hace un Tribunal de los valores e intereses y decidir cuál prevalecerá, en un intento de lograr la igualdad o la equidad entre los valores e intereses. Su procedencia es norteamericana.

Además de ser abiertamente cercenadora de los derechos fundamentales del proceso penal, constituye la más radical de las excepciones, pues en determinados supuestos permite la valoración de pruebas ilícitas directas.

VIII. INFLUENCIA AMERICANA Y APLICACIÓN PROGRESIVA EN ESPAÑA.

Creo que se puede sostener que la doctrina americana de la *exclusionary rule*, que llegó a España en la importante sentencia del Tribunal Constitucional 114/84 de 29 de noviembre, pudo desarrollarse durante unos diez años con cierta magnificencia en especial la teoría directa y en menor grado la teoría refleja. Y con las más altas cotas garantismo durante un año o más en 1995 en su aplicación de la doctrina pura de la prueba refleja o teoría del árbol envenenado. Pasada esta década y posteriormente a 1995, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo comenzaron una auténtica carrera de restricciones, límites y excepciones tanto a la prueba refleja como la directa. Se puede situar el cierre y destierro de la prueba refleja, admitiéndose éstas pruebas ilícitas, unos años mas tarde en la STC. 81/1998 y su nueva doctrina de “la conexión de antijuricidad. Ésta, en realidad, es una combinación farragosa doctrinal y una aplicación de distintos derechos fundamentales para dejar viva la presunción de inocencia.

Entiendo que, al igual que EE.UU., también en España la jurisprudencia posterior a los años noventa ha mutado involutivamente de criterio en parte por el impacto nocivo que la aplicación absoluta de la misma tiene sobre la

confianza del pueblo en la justicia. A ello han debido adicionararse razones de política criminal y seguridad ciudadana.

1. El principio de exclusión en el ordenamiento jurídico español.

Según lo expresado hasta ahora se puede desprender que en el ordenamiento jurídico español la exclusión de las pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales es necesaria en la medida en que también aquéllas, las derivadas, hayan de ser vistas como vulneraciones de la Constitución.

Eso exige que la ilicitud de las primeras -las obtenidas directamente con vulneración de derechos fundamentales- se *traslade también a las segundas*, cuestión que puede ser abordada desde dos perspectivas: la de la imputación de la ilicitud y la de la necesidad de la exclusión para la tutela del derecho fundamental. No son dos perspectivas excluyentes, sino complementarias, respecto a las que cabe avanzar en este momento algunas ideas.

2. La perspectiva de la imputación.

De cuanto se ha dicho se infiere que no puede ser suficiente el mero nexo causal entre la vulneración del derecho y las pruebas derivadas; sino que, para que el veneno del árbol se transmita a sus frutos, ha de concurrir también un nexo normativo, en virtud del cual pueda afirmarse que también las pruebas derivadas son constitucionalmente ilícitas. Y ese nexo normativo no puede

descansar exclusivamente en el argumento pragmático de las necesidades de tutela del derecho fundamental (a las que después nos referiremos), sino que, para que quepa afirmar *prima facie* que la exclusión de la prueba derivada es constitucionalmente necesaria, el nexo a establecer ha de ser intrínseco y no extrínseco, esto es, la prueba derivada de la ilícitamente obtenida ha de constituir por sí una vulneración del derecho constitucional.

Se trata de establecer cuándo el resultado de una acción constitucionalmente ilícita (la de la obtención de la prueba con vulneración de derechos fundamentales) es también constitucionalmente ilícito y como consecuencia, puesto que ese resultado es otra prueba (la derivada), ha de aplicársele igualmente la regla de exclusión.

El problema de cuándo el resultado de una acción ilícita ha de entenderse integrado en dicha acción y, por consiguiente, reputado igualmente antijurídico, se plantea de modo especialmente intenso, como es lógico, en el ámbito del Derecho Penal pues, siquiera sea a título meramente ilustrativo, a los criterios que la doctrina y la jurisprudencia penal han empleado para resolverlo, partiendo de la idea de que “*mutatis mutandis*”, podrían ser trasladados al problema constitucional que nos ocupa.

En primer lugar, ha de decirse que es opinión unánime de la doctrina penal la de que para reputar antijurídico un resultado cualquiera no basta su mera conexión causal con una acción ilícita; sino que es preciso una *conexión normativa* que unos llaman relevancia y otros (los más) imputación objetiva⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Entre otros vid. MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-05, p. 05:1-05:19.

A la hora de determinar cuándo un resultado, conectado causalmente a una acción, puede también imputarse objetivamente a ella, se distingue en la doctrina las hipótesis de dolo de las de mera culpa o negligencia. Si la acción ilícita inicial se hallaba dirigida a la obtención del resultado, los criterios de imputación operan de modo distinto al de aquellos otros supuestos en que la acción antijurídica originaria es meramente negligente: en este último caso, la posibilidad de excluir la imputación objetiva se amplía⁴¹⁵.

En referencia a los casos en que no conste hubiese mala fe o dolo, cabe decir que la imputación objetiva se excluye:

En aquellos supuestos en que, pese a la existencia de nexo causal, el resultado producido se habría dado igualmente de haberse actuado lícitamente. Ejemplo: un conductor que va a una velocidad superior a la permitida atropella a un peatón. Pese a la existencia evidente de nexo causal, el resultado no le es objetivamente imputable si, de haberse atenido a las limitaciones de velocidad existentes, le hubiera atropellado de todos modos. La semejanza con la doctrina del descubrimiento inevitable salta a la vista.

Por consiguiente, para determinar si la prueba derivada es también inconstitucional habrá que establecer, no sólo el nexo causal entre ella y la obtenida ilícitamente en vía primaria, sino también un nexo de antijuridicidad o imputación semejante al propuesto. Dicho de otro modo, no basta con que la prueba derivada proceda de la obtenida ilícitamente, sino que ha de proceder,

⁴¹⁵ JL. GÓMEZ COLOMER. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008, p. 23, opina que el modelo con que opera la doctrina de la llamada «conexión de antijuridicidad» tiene un antecedente teórico en la teoría penalista de la imputación objetiva. La STS 28/2003, de 17 de enero (RA 926), aborda la conexión de antijuridicidad desde la perspectiva material, relacionándola con la teoría penal de la imputación objetiva.

justamente, de su ilicitud, por lo que, al menos en los casos de simple negligencia, si la prueba derivada hubiera podido, razonablemente, obtenerse también actuando de modo lícito, las razones constitucionales para excluirla no son, en absoluto, claras.

En la doctrina y en la jurisprudencia penal, pese a la existencia de nexo causal, se entiende rota la posibilidad de imputación objetiva cuando interfiere la actuación libre, espontánea y deliberada de alguien⁴¹⁶. Es lo que se ha denominado “prohibición de regreso”: la imputación de la ilicitud acaba cuando se llega a una actuación humana de las características de la descrita, sin que el curso causal pueda llevar hacia atrás, esto es, a momentos anteriores a dicha actuación⁴¹⁷.

3. La perspectiva de la necesidad de tutela del derecho fundamental

La exclusión de los “frutos del árbol emponzoñado” resultará, de otra parte, constitucionalmente necesaria siempre que tales frutos sean tales (es decir, siempre que haya conexión causal entre la vulneración del derecho fundamental y la prueba derivada) y su exclusión resulte esencial para tutelar el derecho fundamental de que se trate.

⁴¹⁶ J.L. GONZÁLEZ CUSSAC. *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida. Tirant lo Blanch.* Valencia. 2008, p. 12. Afirma que en la actualidad no es claro que haya de partirse de una diferenciación de instancias entre el nexo causal y el nexo normativo, sino que más bien ambas perspectivas integran una misma categoría de imputación, mayoritariamente denominada teoría de la imputación objetiva.

⁴¹⁷ Un ejemplo clásico de la “prohibición de regreso” sería el siguiente: en una disputa un sujeto lesiona a otro. Estando la víctima en el hospital, es asesinado por un tercero con motivo de un robo. La muerte no puede atribuirse a quien inicialmente le hirió, pues la conducta deliberada posterior del tercero quiebra la imputación e impide regresar hasta la causa inicial que origina todo el suceso: la muerte no puede conectarse a estos momentos anteriores. Citado por JL GONZÁLEZ CUSSAC., p.32, op. cit.

La plasmación de esa perspectiva habrá de requerir, sin duda, un juicio complejo que ha de tomar en consideración la entidad objetiva de la infracción, el hecho de que haya sido realizada de buena fe, o con dolo o imprudencia, el tiempo y circunstancias en que fue cometida, la operatividad de otro tipo de sanciones, etc.

Esto sentado, parece razonablemente previsible que las dos perspectivas hayan de conducir, por regla general, al mismo resultado. Pero no cabe descartar que haya supuestos en que la mera existencia de relación causal entre la vulneración y las pruebas reflejas pueda determinar la necesidad de tutelar el derecho privando a éstas de toda eficacia probatoria. Por ejemplo, en pruebas obtenidas por medio de graves torturas: probablemente habría de llegar a la conclusión de que debieran ser excluidas, por más que la tortura no hubiera hecho sino anticipar un resultado que pudiera haberse obtenido igualmente de modo conforme a la Constitución.

Y tampoco cabe excluir, *prima facie* la hipótesis contraria, esto es, el supuesto de que, aún transmitiéndose a la prueba refleja la ilicitud de la previa vulneración constitucional, quepa, no obstante, darle validez atendiendo a datos como la escasa trascendencia de la vulneración, el tiempo transcurrido y las demás circunstancias del caso, la aplicación de otras medidas disuasorias (como, v.g., sanciones penales o administrativas), etc..

4. El principio de exclusión en la jurisprudencia constitucional española.

La doctrina general aplicable al problema de la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales se contiene básicamente en la STC 81/1998, de 2 de abril, complementada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 49/1999, de 27 de abril. En la STC 81/1998 se proclama el principio de exclusión, precisando, a la vez, su fundamento, en los siguientes términos:

“La declaración del principio la sostiene el Tribunal Constitucional ya en la STC 25/1981, de 14 de julio, en su fundamento jurídico 5º, al declarar que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia

⁴¹⁸. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.}

Estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los llamados sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos

⁴¹⁸ Contenido en la STC. 81/1998.

fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedural: Son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones, según expresa el Tribunal Constitucional.

Ese principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal, como expresa la STC. 81/1998 de 2 de abril, *“En efecto, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la penal criminal-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales.....por eso aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso”*. (STC 114/1984, de 21 de diciembre, fundamentos jurídicos 2º y 3º).

En parecidos términos se expresa la STC 49/1999, de 27 de abril, que hace hincapié en la necesidad de tutela de los derechos fundamentales como fundamento de la exclusión y reafirma que la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), comportando, además, *“una*

inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro”⁴¹⁹.

5. Principio de exclusión y prueba refleja

Como precisa la STC 81/1998, de 2 de abril, sólo podemos hablar de *prueba refleja* allí donde, tomando en consideración el suceso tal y como efectivamente ha transcurrido, puede afirmarse que una prueba determinada – en sí misma lícita- se halla ligada a la vulneración del derecho porque se ha obtenido a partir del conocimiento adquirido por ella.

Pues bien, el tratamiento de la prueba refleja derivada se configura sobre la base de una regla general de exclusión (prohibición de valoración) y una serie de excepciones basadas en la idea de que, en determinados

⁴¹⁹ La Sentencia TC 49/1999 trae causa de una serie de recursos de amparo que cuestionan la legitimidad constitucional de un conjunto de actuaciones policiales y procesales que cristalizaron, finalmente, en varias condenas penales. El origen último de estas condenas se remonta a 1986, cuando el Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil de Málaga, tras recibir ciertas confidencias sobre la presunta vinculación de dos personas, de origen marroquí y sin antecedentes penales, a una organización que introducía hachís procedente de Marruecos en nuestro país a través de la costa malagueña, solicita una autorización judicial para intervenir sus teléfonos particulares. Se debate el modo ilícito de limitar secreto a las comunicaciones.

En esta STC. a juicio de uno de los Magistrados discrepantes, D. PEDRO CRUZ VILLALÓN, la actuación de los órganos encargados de la investigación penal no pretendía vulnerar el derecho fundamental. No concurrió negligencia grave en la actuación ahora debatida; todo lo más puede apreciarse un error. Junto a este dato subjetivo el magistrado avanza otro objetivo, que es la escasa entidad de la lesión, que hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulta innecesaria para lograr la efectividad del derecho fundamental.

Las excepciones al principio de inaceptabilidad de la prueba refleja que se han citado en el texto se contemplan en las Sentencias Wong Sun vs. US (371 US 471,1963), Nix Ví. Williams (467 US 431,1984) y US Ví. León (468 US 397, 1984),

supuestos, las pruebas reflejas, aunque ligadas naturalmente a la vulneración del derecho, pueden ser jurídicamente independientes de ella. El Tribunal Constitucional se expresa en los siguientes términos:

“En tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 C.E⁴²⁰ “.

El Tribunal Constitucional se remite a su doctrina haciendo mención de las siguientes SSTC. :

“La STC 85/1994, de 14 de abril(f.j.5): refiere que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/1995, de 6 de junio, establece que la existencia de un mandamiento judicial autorizando la

⁴²⁰ Si un Tribunal sentenciador fundamenta su resolución condenatoria en pruebas obtenidas con violaciones de derechos fundamentales (sea por la Policía, sea por los Jueces de instrucción) la presunción de inocencia no ha de destruirse, como derecho fundamental que es, con semejante material probatorio.(FJ 3)

intervención de las comunicaciones, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios .

Igualmente expone dicha STC. 86/ 1995 que para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, y de ellos cabe destacar si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/1995, de 12 de enero cuando se refiere a una prórroga de intervenciones telefónicas sin motivo alguno acerca de las razones y circunstancias que aconsejaban la continuidad de la medida, ni la necesidad de la misma, explica que puede quedar subsanada por una supuesta remisión tácita y que la ausencia de toda motivación, al afectar a un derecho fundamental provoca la inconstitucionalidad de dicha medida.

Ya en la propia STC 81/1998, de 6 de mayo, viene a recordar su doctrina sobre el extremo de que los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC 254/1988, de 23 de enero, fundamento jurídico 3º), y que en supuestos excepcionales aunque las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, reconocidas como válidas y aptas para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, de 6 de junio), fundamento jurídico 4º, y 54/1996, de 27 de abril, fundamento jurídico 9)

IX. CRITERIOS Y TESIS DIFERENTES EN LA DOCTRINA DE LA PRUEBA ILÍCITA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

Actualmente existe un importante debate y desacuerdo jurisprudencial según glosamos más abajo, sobre las posibilidades de que la confesión del acusado pueda sanar los efectos de cualesquiera pruebas ilícitas que le hubieren incriminado, aunque la Jurisprudencia como criterio mayoritario acepta ésta posibilidad de que la confesión del acusado pueda neutralizar o reconvertir la prueba ilícita en lícita, siempre que se haya practicado con todas las garantías, sobre todo cuando declara en presencia y asistido de abogado.

El debate y la cuestión no es baladí, ya que en dos sentencias del Tribunal Supremo que a continuación citamos se ponen de manifiesto discrepancias: En la Sentencia de Tribunal Supremo de 8 de octubre de

2008(594/2008) se absuelve al acusado, no obstante haber existido confesión, por una indebida motivación de la condena.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2008(551/2008) se aprecian signos y pareceres distintos. Debe destacarse que contiene dos votos particulares que cuestionan “*la posibilidad de que dicha confesión pueda implicar una “desconexión jurídica”, ya que la ilicitud previa como la posible desconexión posterior, a través de la confesión, se producen en “marco formalizado” en el que la omnipresencia del “elemento institucional”(juez, fiscal, policía, letrados, trámites y norma procesales) impiden una artificiosa distinción entre conexión natural no invalidante y jurídica o lícita, por lo que consideran imposible hablar de desconexión jurídica”*”.

Veamos algunos pasajes y fragmentos de ambas resoluciones, destacando criterios, rozamientos y líneas de interpretación diferentes y discrepantes en cronología temporal próxima y de actualidad vigente.

1. Conexión de antijuridicidad y confesión del acusado. El art. 11.1. LOPJ. Reseñas de derecho norteamericano

El resumen la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2008 y al objeto del presente trabajo se refiere a interceptaciones telefónicas declaradas nulas en la instancia y a la confesión del acusado en la fase instructora no ratificada en el acto del juicio oral.

El Tribunal declara que la *conexión de antijuridicidad no existió*. Se emiten dos interesantes votos particulares que mantienen que sí existió conexión de antijuridicidad.

El Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia expone la tesis de uno de los recurrentes, que invocando el art. 5,4 LOPJ ha denunciado vulneración de los arts. 18 y 24,2 CE , en concreto, del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y del derecho a un proceso con todas las garantías. El argumento es que, la nulidad de las intervenciones telefónicas acordada por la Audiencia, debería determinar la de las pruebas derivadas de ellas. Por lo que se entiende, no podría darse valor a la declaración sumarial del acusado, pues tuvo directamente que ver con lo sabido a través de las interceptaciones.

El examen de la sentencia permite comprobar que el acusado hizo uso en el juicio de su derecho a no declarar, y, en vista de ello, se *leyó la declaración que había prestado ante el instructor*, reconociendo haberse hecho cargo del paquete que llevaba adosado al cuerpo cuando fue detenido, a cambio de cierta cantidad de dinero. Ciento es que dijo desconocer su contenido, pero la sala no lo aceptó. El recurrente considera que también el interrogatorio aludido estaría viciado y que habría sido capcioso, pues no se informó al interesado del vicio que lastraba las injerencias que hicieron posible saber de aquello por lo que se le había preguntado.

Ante ello razona el Tribunal Supremo que el Tribunal Constitucional y la misma Sala Segunda han declarado que la originaria ilegitimidad constitucional de la actividad investigadora que condujo a la obtención de una información de cargo de efectivo valor incriminatorio, no se transmite de manera automática con ésta, cuando los datos correspondientes hubieran ingresado también en el cuadro probatorio merced a un acto de *prueba procesalmente autónomo*,

producido con las garantías legales⁴²¹. Y que aplicado al caso, este criterio lleva a la conclusión de que la declarada ilicitud de las intervenciones telefónicas no se ha transmitido al contenido de la declaración autoinculpatoria del acusado, que se produjo primero ante la Guardia Civil y se mantuvo luego en el Juzgado de Instrucción con asistencia de letrado; para ser, finalmente, llevada al juicio cuando él se negó a declarar en este acto, donde fue leída. En definitiva, esa declaración, con el tratamiento procesal que acaba de explicarse, aportó elementos de cargo de fuente no contaminada y, por ello, utilizables del modo que lo ha hecho la sala de instancia, sin que ello suponga vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

1.1. Razones en las disidencias a la doctrina de la conexión de antijuridicidad

De los dos votos particulares, por su interés, rigor y contundencia doctrinal garantista destacamos el primero que lo formula el magistrado Excmo. Sr. D. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y que expresa en síntesis, que el acusado ha sido condenado por estimar la mayoría que su declaración autoinculpatoria ante la Guardia Civil, luego ratificada en el Juzgado de Instrucción y leída en el juicio oral cuando él se negó a declarar, constituiría una prueba de cargo legítimamente obtenida y no afectada por la ilegitimidad de las escuchas producidas en esta causa, declarada por la Audiencia Provincial.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11,1, recuerda ANDRÉS IBÁÑEZ, dice que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa*

⁴²¹Por todas, SSTC 81/1998, 49/1999 y 134/1999 y SSTS 477/2007 y 1618/2006

o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Según el *Diccionario de la Real Academia*, “efecto” es “lo que sigue por virtud de una causa”. Es decir, en principio, todo lo que resulta de ésta. Tal derivación sólo puede ser “directa” o “indirecta”, pues *tertium non datur*, o sea, no existe una tercera posibilidad. Efecto “directo” es, también según el Diccionario, el que se produce de forma “derech[a] o en línea recta”; e “indirecto” es el que “no va rectamente”. Lo que, trasladado al campo en que se mueven estas consideraciones, significa que la detención del acusado y la incautación de la droga que portaba fue *derivación directa de la prueba declarada ilegítima* mientras que el conocimiento adquirido mediante su confesión -obviamente, gracias a que se le pudo interrogar sobre tal sustancia merced a lo previamente sabido por vía de la interceptación constitucional- si no fue directo, sólo pudo haber sido indirecto. El art. 11,1 LOPJ, según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del art. 24,2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida.

1.2. Referencia a la doctrina norteamericana. Defensa de los derechos fundamentales.

Detalla el magistrado disidente que lo reglado en esa primera disposición es mera proyección normativa de lo expresado en la segunda. Y en ambas se plasma una precisa opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental. A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en los EEUU, cuyo ordenamiento concibe la garantía procesal como dispositivo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, ordenado a prevenir abusos policiales (*deterrant effect*). Pero no como derecho fundamental en sí mismo: un dato que impide apresuradas *asimilaciones de ambos sistemas* como las que, no obstante, frecuentemente se hacen⁴²². La razón de tal opción del legislador español es fácil de comprender. En un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto. Y ello por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia. Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima.

Añade que el enunciado legislativo (inequívoco) que es objeto de análisis excluye el posible aprovechamiento de sus efectos, aunque sea para

⁴²² Cabe indicar como es sabido que en EEUU no sólo se concibe la regla de exclusión como efecto disuasorio a los agentes de policía o *deterrant effect*, sino que se ha evolucionado a otros criterios además.

fines lícitos. Consecuentemente, toda información de contenido incriminatorio en cuya obtención se haya vulnerado, directa o indirectamente, un derecho fundamental; es decir, todo dato de cargo que de cualquier forma pueda tener que ver con esa vulneración, sólo puede ser procesalmente ilegítimo. Es de una patente obviedad que la eventual declaración de ilicitud probatoria acontecida al amparo de esa norma sólo tiene consecuencias de orden jurídico intraprocesal.

Según el magistrado, se comprende que esta peculiaridad de *la epistemología*⁴²³), gnoseología procesal garantista sea de difícil comprensión para el profano, según lo pone de relieve con reiteración la propia actitud de los imputados que suelen confesar, rendidos ante la evidencia objetiva de una aprehensión efectivamente producida. Explica que esto no opera en el caso del jurista: con motivos para saber que ciertas garantías procesales fundamentales relacionadas con la prueba, operan a modo de filtro entre las particularidades del caso en su realidad empírica y el discurso probatorio, al que no todo lo que existe en la primera debe tener acceso. Pues bien, a tenor de dicho razonamiento, el *precepto* del art. 11,1 LOPJ en palabras del Magistrado “*no es un brindis al sol ni una excrecencia o exceso del sistema que hubiera que corregir, sino, antes bien, su momento de la verdad, o, lo que es lo mismo, un exponente de máxima coherencia*”⁴²⁴.

⁴²³ Es sabido que se refiere a una *parte* de la filosofía que trata de los fundamentos y los métodos del conocimiento científico.

⁴²⁴ De algún modo este Voto particular lo que expresa sobre el art. 11.1. LOPJ. estimo que resulta ser de gran acierto y corte constitucional auténticas, que es lo que hemos anotado o apuntado en otros apartados del presente trabajo. En su día se promulgó con las acepciones directa o indirectamente, pero después ha quedado relegado directa e indirectamente, por ello con expresa en los términos: , *precepto del art. 11,1 LOPJ no es "un brindis al sol" ni una excrecencia o exceso del sistema que hubiera que corregir" ..*

En efecto los derechos fundamentales, según *PERFECTO IBÁÑEZ*, “...representan una autolimitación del propio poder que el estado constitucional se autoimpone reflexivamente, al condicionar la legitimidad de algunas de sus intervenciones -las de mayor riesgo para los particulares- al cumplimiento de determinadas exigencias. Éstas tienen, como no podía ser de otro modo, un privilegiado ámbito de incidencia en el ejercicio del *ius puniendi*, en virtud de la consideración de que la del proceso penal ha sido una “historia de horrores y errores”, precisamente por haber estado inspirada en criterios de pura eficiencia represiva sin principios”.

1.3. Confesión autoinculpatoria e ilegitimidad constitucional

El magistrado disconforme completa su criterio y argumentación expresando que en este contexto de interacción del art. 24 CE y el art. 11,1 LOPJ la idea de que la confesión autoinculpatoria- connotada de radical ilegitimidad constitucional- carecería de relación con ésta, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-legales de la declaración del imputado en el juicio, según ANDRÉS IBÁÑEZ es argumentalmente falaz, por varias razones:

- Porque la observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual, es decir, en el acto concreto, pero no retroactúa sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración, es decir la declaración del

imputado se halla ligada al momento en que se efectúa y su contenido es el que es y no sus derivaciones procesales precedentes. En este caso en el juicio oral el acusado, acogiéndose a su derecho constitucional no declaró.

- Porque no está al alcance del declarante ni de ningún tribunal -de nadie, por tanto- convertir lo inconstitucionalmente ilegítimo en legítimo en un ejercicio de *prestidigitación jurídica*.
- Porque -como es el caso- visto el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y luego recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo, ante la Guardia Civil y en el Juzgado, por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones.

Además con este planteamiento no se priva al hipotético culpable arrepentido del derecho a realizar voluntariamente *un acto rasgado de catarsis*, porque este derecho no existe como tal, y el inculpado no dispone del proceso.

Ante el supuesto improbable de una persona con tal pretensión, ciertamente, estaría errando de tribunal, al usar a un instrumento legal de los del Estado para ese personalísimo y poco jurídico modo de confesar, en realidad confesarse. Afirma el Magistrado en que aquí lo legal y constitucionalmente improcedente no es (sólo) la confesión, sino, antes, el interrogatorio mismo, teñido de objetiva ilegitimidad en sus presupuestos, que ya eran inutilizables. No hay el más mínimo apunte de contradicción entre la actitud jurisdiccional consistente en admitir la eventual utilización como prueba de cargo de lo aportado mediante confesión por el propio acusado en un proceso limpio; y la que se expresa en la decisión de rechazar (ex art. 11.1

LOPJ) la confesión obtenida a partir de la utilización de datos viciados de ilegitimidad constitucional en su origen.

1.4 El artículo 11.1 de la LOPJ y crítica razonable de la conexión de antijuridicidad

El Magistrado disconforme mantiene que la “*teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11.1 LOPJ* . Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: “*Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...*”.

Añade como corolario que de acuerdo con la práctica actual de los tribunales, que la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial, que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable.

Se refiere acto seguido a la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, que la califica una “*forma de introducir excepciones no previstas legalmente a la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el precepto tantas veces citado, sólo puede tener, a su vez, una lectura*”.

El contenido del criterio que infunde el expresado voto particular de PERFECTO ANDRÉS, pone de manifiesto la atención de que las decisiones judiciales, las actuaciones policiales, las interceptaciones telefónicas afectadas de ilegitimidad constitucional, así como el registro y documentación de sus resultados, el interrogatorio en juicio de los eventuales implicados y sus respuestas, son actuaciones de sujetos institucionales (jueces, fiscales o

policías), o provocadas por ellos en el ejercicio de sus funciones, y producidas en un medio asimismo institucional y por cauces formalizados, aunque presenten desviaciones importantes del paradigma normativo de necesaria referencia. Por esta razón indica que no es posible operar en este terreno con una artificiosa distinción de dos planos, el jurídico y el natural o real.

Por lo que acaba de decirse y, además, porque los efectos jurídicos no podrían ser señalados como irreales, puesto que han acontecido y originado consecuencias de orden práctico.

Así, es patente que tanto la prueba matriz como la refleja y las interconexiones de ambas se dan en un marco formalizado de relaciones, en el que son inequívocamente jurídicos tanto las causas como los efectos, incluso en el caso de que puedan estar afectados de grave irregularidad.

Enuncia el Magistrado disidente que “*En definitiva, la conclusión necesaria es que, primero, el art. 11.1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas. Y lo hace de forma tan radical y de tal claridad expresiva que incluso tendrían que resultar comprendidos los posibles efectos “naturales” de aquéllas, si es que efectivamente los hubiere, ya que “donde la ley no distingue...”.*

En todo caso existiría una objetiva “conexión de antijuridicidad” para expresarlo con la terminología acuñada en la STC 81/1998, según lo argumentado, ya que el enlace que liga el registro domiciliario y la información (mal) obtenida a través de él con el interrogatorio y la confesión de los inculpados es de naturaleza institucional, formal y (anti)jurídica.

Al hallarse vigente el art. 11,1 LOPJ si éste se excluye en su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, por la sola razón pragmática de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista que, al mismo tiempo, se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal a actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen.

El Magistrado finalmente en función de su argumentación anterior expresa que es semejante a estimular su reiteración y a difundir por vía jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura de jueces y policías: que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

1.5 Segundo Voto particular.

En cuanto al segundo voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo 551/2008, de 29 de septiembre lo formula el Magistrado Excmo. Sr. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA.

En síntesis, expresa su discrepancias en el punto referido a la validez de las declaraciones sumariales prestadas por el acusado (ante la Policía y después ante el Juez de instrucción), en las que reconoce que portaba en su poder, concretamente adosado a su cuerpo con plástico adhesivo, un envoltorio que contenía una sustancia que después, tras el oportuno análisis pericial, resultó ser cocaína.

El acusado fue detenido como consecuencia de vigilancias desarrolladas sobre la base de unas intervenciones telefónicas que el Tribunal de instancia declaró nulas, ocupándose en su poder la referida sustancia; prestó declaración ante la Policía y posteriormente, tras ser presentado ante el Juez de instrucción sin que se interrumpiera la situación de detención, la ratificó ante éste. En todo caso fue informado de sus derechos y asistido de letrado. En el acto del juicio oral se acogió a su derecho a no declarar, procediéndose a la lectura de sus declaraciones sumariales.

Se remite y señala un fragmento de la Sentencia, “*El Tribunal reconoce expresamente que el paquete fue ocupado "en una intervención policial que solo fue posible, (...), a través del conocimiento que se iba obteniendo de las conversaciones telefónicas que habían sido declaradas nulas".*

Plantea que la cuestión acerca de si la previsión del artículo 11.1 de la LOPJ impide valorar como prueba de cargo las referidas declaraciones autoincriminatorias por considerarlas derivadas, al menos indirectamente, de una prueba o diligencia declarada nula por vulneración de derechos fundamentales.

Aduce las razones que el Tribunal Constitucional ha entendido, en la sentencia nº STC 49/2007 , como resumen de su doctrina sobre el particular, en lo que sigue: “*2. Este Tribunal ha reiterado que una de la manifestaciones del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) es que no puede considerarse prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia aquélla que haya sido obtenida con vulneración de derechos*

fundamentales sustantivos propios o de terceros o que sea consecuencia de dicha vulneración. Igualmente se ha destacado, en relación con la nulidad de pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas, la necesidad de que concurra entre ambas una conexión de antijuridicidad, lo que queda excluido en los supuestos de declaración autoincriminatoria de un acusado, al gozar de independencia jurídica respecto de otros medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, en atención a que las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de la declaración de los imputados -derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada- constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima y a que el respeto de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones, por lo que no puede considerarse un aprovechamiento de la eventual lesión de derechos fundamentales (por todas, STC 136/2006, de 8 de mayo, FFJJ 6 y 7)".

Afirma como razonamiento que si se considera que la declaración prestada por un imputado reconociendo los hechos está desvinculada jurídicamente de la prueba ilícita que ha permitido imputárselos, puede colisionar con las cautelas legales establecidas para garantizar sus derechos al prestar declaración, que permiten excluir cualquier coerción ilegítima y afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.

Añade el Magistrado disconforme que cuando el reconocimiento de los hechos tenga lugar en un momento temporalmente separado de las actuaciones iniciales apoyadas en la prueba ilícita, especialmente en el juicio

oral, en condiciones que permitan establecer que el imputado o acusado al menos podía conocer las dudas acerca de la legitimidad constitucional de la prueba sobre la que se construye la imputación, será lícito desvincular su declaración del resultado de aquella actuación vulneradora de un derecho fundamental, pues puede entenderse que su decisión se produce en el marco de una situación en la que dispone de varias opciones reales y es posible sostener que debe asumir las consecuencias de su elección.

Si por el contrario, cuando la declaración autoinculpatoria se produzca en una situación caracterizada por el descubrimiento inmediatamente anterior propiciado por la actuación ilícita, no podrá afirmarse tal desvinculación, en tanto que aquella declaración aparece claramente condicionada.

En los supuestos como el presente, en los que el imputado es descubierto con la droga en su poder como consecuencia de los datos obtenidos mediante la intervención telefónica que se declara nula, y de modo inmediato es interrogado acerca de tal ocupación, es *artificial pretender que su declaración no está directamente condicionada por el resultado ilícitamente obtenido*, por más que haya sido informado de sus derechos a no declarar la declaración autoinculpatoria no puede considerarse espontánea, voluntaria y libre, sino como un producto o una consecuencia de la utilización del resultado de la actuación ilícita que se declara nula.

En esas condiciones, la valoración de tal declaración como prueba de cargo determinante de la condena supone un aprovechamiento prohibido de

una prueba o diligencia ilícita en cuanto vulneradora de un derecho fundamental.

2. La valoración de declaraciones autoinculpatorias del acusado derivadas de un registro nulo

En cuanto a la otra resolución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 hace referencia un delito contra la salud pública. Se debate y analizan entre otros temas, la nulidad de resoluciones judiciales por injerencias en derechos fundamentales y la posibilidad de valorar declaraciones autoinculpatorias del acusado derivadas de un registro nulo.

Se destacan dos apartados de la impugnación que se estiman relevantes. En primer lugar, la posibilidad de valorar las declaraciones del acusado autoinculpatorias cuando la diligencia de entrada y registro, que la acusación empleaba como prueba del delito objeto de la acusación ha sido declarado nula. En segundo lugar, el examen del derecho alegado a la presunción de inocencia.

En este supuesto al inicio del juicio oral el tribunal, a petición de la defensa del acusado, declaró la nulidad de las resoluciones judiciales que autorizaron la injerencia en el domicilio del acusado, lo que supone la imposibilidad de valorar los hechos que resultan acreditados por la documentación del acto declarado nulo, ya que si el acto es nulo, la documentación del mismo no puede acreditar lo intervenido de forma contraria a derecho

En términos de la STC 8/2000, de 18 de febrero, “*la independencia jurídica de esta prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica- derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y asistencia letrada- constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima*”.

Y añade para reforzar la argumentación- o así parece- que de otro lado, en que el respeto a esas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de forma que 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..*”.

Al margen del resultado del fallo de la presente, en realidad este razonamiento me parece una creación *ad hoc* que llega a contradecir no sólo el Art. 11.1.LOPJ., o mejor dicho a olvidar o pasar por alto, sino a colisionar frontalmente con importantes y abundantes criterios de la Jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y doctrina sobre los derechos fundamentales, y es que como antes se decía en el voto particular del Magistrado Perfecto Ibáñez esta decisión y criterio sólo puede alentar a que sean incorrectas las actuaciones de los jueces que acuerdan y motivan las resoluciones de injerencia en el derecho al inviolabilidad de domicilio, secreto a las comunicaciones u otras libertades y derechos fundamentales, e igualmente a los policías que practican diligencias con resoluciones judiciales insuficientes y vulneradoras de la Constitución.

En este momento la Sentencia busca soporte en el Tribunal Constitucional y nos recuerda que “*En el mismo sentido la STC de 29 de octubre de 2003, reitera la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier medio de coacción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones pueden ser valorado.*”

Continúa matizando diferencias al indicar que sólo podrán ser utilizados como elementos de ésta los obtenidos regularmente y aquellos otros que no estén conectados jurídicamente con los obtenidos ilegítimamente. Desde este plano, la confesión realizada con plena observancia de las garantías procesales previstas en la ley permite la reconstrucción del hecho⁴²⁵.

En el caso de autos, existe la declaración de nulidad de la entrada y registro, pero el tribunal ha valorado, como prueba independiente, la declaración del acusado en el juicio oral otorgándole una capacidad probatoria que se examina y analiza más adelante y relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

⁴²⁵ Con similar contenido se pronuncia la jurisprudencia más consolidada de esta Sala, por todas SSTS recientes 664/2005, de 14 de abril, 436/2005 de 8 de abril, 416/2005, de 31 de marzo, y 129/2005, de 7 de febrero, aunque también, en un sentido contrario, la STS 664/2005, de 14 de abril.

No obstante cuando se analiza la presunción de inocencia, el Tribunal afirma que, sin mayor precisión sobre el contenido incriminatorio de las declaraciones del inculpado, se fundamenta una condena penal por tráfico de sustancias tóxicas, de manera que no es posible conocer el fundamento de la convicción del tribunal de instancia, pues el tribunal no las explica ni expresa qué apartado de la declaración supone una confesión de los hechos. El recurrente, alega que repasada el acta del juicio oral no se desprende autoincriminación alguna sobre el tráfico de drogas y ese análisis de la impugnación realizada se corresponde con la realidad, pues en el acta del juicio oral la declaración del imputado es genérica en orden al conocimiento de otros imputados y explicación de los objetos encontrados en su vivienda, a los que quita cualquier relación con el objeto del proceso

En el juicio oral debió practicarse una prueba sobre lo existente en la vivienda del acusado, pues el acta que documentó la entrada y registro había sido apartada del enjuiciamiento como prueba nula, por lo que no podía ser empleada como medio de prueba. Falta, también una valoración que fundamente la deducción sobre el destino al tráfico de la sustancia intervenida, esto es, partiendo de la tenencia de la sustancia y efectos, desde la prueba directa, afirmar mediante inferencias racionales y lógicas, el destino ilícito. Nada de lo anterior realiza el tribunal de instancia, órgano jurisdiccional a quien compete esa actividad.

No obstante el justiciable, acusado de tráfico de drogas, queda absuelto no por las contravenciones a los derechos fundamentales relacionados con la entrada ilegal en el domicilio o mejor y sus derivaciones nulas sino por la

ausencia de una motivación suficiente sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal de la acusación, que conduce a estimarse el motivo ya que se constata que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no ha sido correctamente enervado.

Entendemos que la posición mayoritaria partidaria de las excepciones y todas las trabas doctrinales a la prueba ilícita vendría dada por la otra Sentencia reseñada de septiembre de 2008, mientras que el criterio garantista de los derechos fundamentales que se trasluce en la precedente Sentencia de 8 de octubre de 2008(T. Supremo)forma parte de un sector Jurisprudencial minoritario, en el que puede apreciarse que la prueba de la confesión del acusado independiente a las declaradas nulas, no es suficiente para hallar un sustrato probatorio suficiente en sustentar la condena, aunque en este caso la motivación insuficiente haya sido "la culpable" de la absolución.

3. Un paradigma reciente del criterio garantista en el Tribunal Supremo de España. Aplicación de la conexión de antijuridicidad y de la ineficacia de las pruebas en base a las previsiones del art. 11.1. LOPJ.

En este epígrafe antes de una recapitulación general, que pudiera servir de colofón, abordamos un análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 328/10 de Abril de 2010. Es de reconsiderar que sea una tesis o criterio minoritario dentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Como se verá se llega a la absolución de los acusados tras una esmerada y fidedigna aplicación del doctrina de los frutos del árbol envenenado. Creo que esta resolución puede constituir una templada defensa de los derechos fundamentales en el

proceso penal. En su fundamentación sale ileso y se aplica el art. 11.1. de la LOPJ. e igualmente para superar la última barrera de la doctrina jurisprudencial, del mismo modo mencionada, razona y aplica la conexión de la antijuridicidad.

La causa se inició para la investigación de varias estafas inmobiliarias, en el curso de las cuales se acordó autorizar la intervención de un determinado teléfono y después otros. Y fue en las escuchas correspondientes a las presuntas estafas donde se detectaron conversaciones que parecían referirse a tráfico de drogas, por lo que se acordó ampliar a este delito las investigaciones. El Ministerio Fiscal pidió procedimiento separado para todo lo relativo a tal tráfico de drogas y así lo acordó el juzgado, incoándose sumario en el que se procesó a una determinada persona.

La defensa en la causa por tráfico de drogas únicamente invocó la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de plantear la apelación contra el auto de procesamiento. En el escrito de tal recurso se dice literalmente así:

"Alegaciones. Primera y única. Vulneración principio de presunción de inocencia y nulidad de prueba. Que *toda vez que la única prueba de cargo existente contra mi mandante es nula de pleno derecho, ya que no cumple con los requisitos legales para su validez por ser tanto la intervención telefónica como el posterior registro domiciliario contrarios a derecho, debe prevalecer el principio de presunción de inocencia por no existir indicios racionales de*

criminalidad en la conducta de mi mandante y, procederse al acuerdo del sobreseimiento libre de mi mandante respecto de la presente causa."

El Tribunal recuerda que para una más eficaz defensa de los derechos fundamentales reconocidos como tales en nuestra Constitución, como lo son los relativos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.3 y 2), se ha dicho y es cierto que su vulneración puede alegarse en cualquier momento del procedimiento. La defensa así lo hizo.

En el trámite del procedimiento ordinario la LECr. no prevé un momento procesal anterior en que esta petición de nulidad de prueba pudiera haberse realizado. Nada habría impedido, por supuesto, el que esta cuestión se hubiera introducido por la defensa en su calificación provisional, por ejemplo; pero ello no era obligado al no prever nada al respecto nuestra ley procesal. Nuevamente hemos de lamentar aquí la insuficiencia de nuestra LECr en su actual art. 579 , pese a que se modificó su redacción en fecha relativamente reciente por medio de LO 4/1998 de 25 de mayo.

Destacamos algunos fragmentos del F.D. tercero de la resolución analizada. Así indica que en el caso presente existe un auto de intervenciones telefónicas del juzgado instructor como respuesta a una solicitud policial. Haciendo uso de la doctrina de la motivación por remisión a la petición de la policía que le sirvió de causa, el Tribunal Supremo razona sobre tal solicitud. Se refiere a un antecedente remoto de las actuaciones sobre tráfico de drogas

objeto de este proceso penal⁴²⁶. Había varios miembros de tal grupo investigado que no podían ser localizados, para detenerlos, interrogarlos y en su caso pasarlos a disposición judicial, por lo que se solicita en esa concreta petición la intervención telefónica de un número utilizado por el procesado .A este número de teléfono se refiere la citada petición, que se autoriza mediante el auto aquí impugnado.

A lo largo de toda la amplia exposición que la policía ofrece, donde se cita repetidamente el nombre y apellidos del aquí procesado, no se dice ninguna concreta actuación que pudiera servir de fuente de información respecto de alguna intervención de este en alguno de esos múltiples negocios que sí se encuentran detallados en cuanto a su realidad objetiva.

Esclarece el Tribunal que por lo tanto falta en tal oficio la conexión personal del procesado con esa actividad criminal que pudiera servir de fuente o fundamento de esa afirmación de dedicarse a tal negocio criminal.

El Juzgado de Instrucción no tenía otra fuente de conocimiento que esa solicitud policial, aparte de la denuncia en la que no consta mención alguna al ahora recurrente -lo que se deduce también del propio texto del auto por el que se accedió a la intervención interesada-, es obligado declarar que tal

⁴²⁶ En tal petición policial se hace un minucioso relato de una singular estafa múltiple, es decir, una serie de defraudaciones cometidas en perjuicio de los bancos que otorgaban créditos hipotecarios para la adquisición de viviendas y solares, con falsedades de documentos de identidad de los dueños de tales solares o viviendas a vender y otras, que cristalizaron en sendas escrituras públicas que llegaron a alcanzar una cifra superior a los quince millones de euros, con actuaciones penales en varios juzgados de diferentes ciudades, dando muchos datos concretos de tales operaciones y precisando los nombres y otras referencias conocidas de varios participantes en una auténtica banda criminal organizada; en la que aparece un procesado como lugarteniente y persona de confianza del máximo director del grupo identificado.

intervención telefónica fue concedida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE .

Posteriormente existieron otras intervenciones telefónicas, ya viciadas en cadena por la vulneración referida, hasta llegar a aquellas en cuyas escuchas se detectaron las conversaciones sospechosas de tráfico de drogas, correspondientes a los primeros días de abril de 2007.

A petición policial en un nuevo auto de prórroga de intervenciones telefónicas se acuerda ampliar esta medida de investigación a esta otra clase de infracción contra la salud pública.

El Tribunal Supremo destaca en otro párrafo que el 30.4.2007 se practicó una diligencia policial de entrada y registro en el domicilio del procesado, consentida por este que fue asistido en la misma por su letrada, con resultado infructuoso.

Pero como, pese a tal resultado, la policía sabía que este traficaba con drogas, solicitó autorización del Juzgado de Instrucción el 1.5.2007 para el mismo registro domiciliario, a realizar ahora mediante perros especializados en la localización de sustancias estupefacientes, dictándose por ese juzgado el oportuno auto ; actuación que tuvo lugar el 2.5.2007, cuando se encontraron, en el sitio marcado por el perro, el interior de una fotocopiadora, los paquetes con cocaína, según los análisis posteriores, tal y como se hace constar en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

En cuanto a la calificación del epígrafe como resolución paradigmática desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales en el proceso penal, podemos encontrar tal justificación doctrinal en las conclusiones que realiza el Alto Tribunal, y que por su interés destacamos de modo literal :

“ Hay, por tanto, una clara conexión causal entre aquellas primeras intervenciones telefónicas vulneradoras del derecho a las comunicaciones y este registro domiciliario; lo que lleva consigo la ineficacia probatoria prevista en el art. 11.1 LOPJ , con la que en esta norma se sancionan las pruebas obtenidas directamente (en este caso, a los solos efectos del presente procedimiento, las intervenciones telefónicas por el defecto de motivación ya explicado) o indirectamente (el mencionado registro domiciliario) violentando los derechos o libertades fundamentales (aquí el relativo al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE). Venimos entendiendo en esta sala que con el uso del mencionado adverbio -"indirectamente"- este art. 11.1 LOPJ reconoce la aplicación en nuestro derecho positivo de las conocidas teorías de los "frutos del árbol envenenado" o "efecto dominó" que se produce cuando se trata de ilicitud en la obtención de alguna prueba por lesión de un derecho de orden fundamental, en cuanto reconocido como tal en nuestra Constitución”.

En el supuesto precedente el Tribunal Supremo, si bien dentro unos criterios de minoría jurisprudencial, realiza una aplicación coherente con la doctrina de la prueba refleja o teoría del árbol envenenado que sanciona sin ambages el art. 11.1. de la LOPJ. sin entrar en las polémicas doctrinales del término “indirectamente” y otorgando un carácter garantista y literal en la

interpretación en la prueba refleja, afirmando que el adverbio “indirectamente” lo que hace es reconocer en el derecho positivo la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que tiene lugar cuando se obtiene alguna prueba al lesionarse un derecho de ámbito fundamental que la Constitución reconoce en dicha categoría y sentido.

CAPÍTULO CUARTO. EL DECLIVE DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL. EE.UU. Y ESPAÑA. RECAPITULATORIO, A MODO DE CONCLUSIÓN

I. Antecedentes constitucionales y origen de la regla de la exclusión.

La tradición histórico constitucional y estabilidad jurídico- política de los pueblos y Estados marcan irremisiblemente el desarrollo y progreso de sus Leyes y Jurisprudencia. En lo que respecta a la Constitución Federal de EE.UU. (1789, 1791), dada su estructura y antigüedad, cuando hablamos de los derechos fundamentales y libertades, cabe recordar para situarnos en la cultura jurídica anglosajona que los derechos fundamentales y de las libertades públicas se hallan esencialmente en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta contenidas en *la Bill of Rights* y ésta adjunta a la Constitución de los Estados Unidas de América (United States Constitución). Las diez primeras enmiendas (Bill of Rights) fueron ratificadas efectivamente el 15 de diciembre de 1791. Por su valor para esta ponencia, además cabe mencionar a este tenor la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (Enmienda XIV) que es una de las enmiendas post-Guerra Civil, e incluye, entre otras, la Cláusula del Debido Proceso y la Cláusula de Protección Igualitaria. Fue propuesta el 13 de junio de 1866, y ratificada el 9 de julio de 1868.

En nuestro país, resulta evidente que la Constitución no posee ni mucho menos la tradición y evolución histórica que en EEUU. y a causa de esta diferencia notable de tiempo y desarrollo se derivan muchas y abismales diferencias temporales cuando pretendemos formar un criterio de la prueba

ilícita o *exclusionary rule*. Por tanto, esta razón cronológica y la madurez constitucional marcarán la creación y evolución de la jurisprudencia de ambos países. Al respecto de la prueba ilícita penal o *regla de exclusión*, en EEUU se produce el primer pronunciamiento en el año 1886, mientras que en España habrían de pasar casi cien años- en 1984- para observar por primera vez la mención jurisprudencial de inadmisión de fuentes o pruebas en el proceso penal que vulneren derechos fundamentales. El pueblo estadounidense es una democracia que acumula el bagaje de doscientos años de evolución constitucional. Es natural que se hayan ocasionado innumerables pronunciamientos de sus Tribunales, en especial el Federal *Supreme Court*, que, en cierto modo, han creado tal entramado de reglas y normas de *derecho judicial* que producen desconcierto en todos sus operadores jurídicos, ya que se llega a un momento y grado de interpretación que no se sabe muy bien su significado, presentando a veces contradicciones de tanta evolución jurisprudencial.

En los Estados Unidos la creación de la *exclusionary rule* o regla de exclusión de la prueba ilícita ha sido objeto de toda una larga evolución jurisprudencial que he intentado plasmar a lo largo de este trabajo. El primer eslabón en la materia se remonta a finales del siglo XIX, por lo que, como antes se ha expresado, existe casi un siglo de diferencia entre las primeras pinceladas dadas por la doctrina norteamericana y la española. Pero hay que subrayar que en nuestro país, en unos veinticinco de años, se ha logrado llegar a un régimen jurídico similar al norteamericano. Esta afirmación, en nuestros días, entiendo que es una realidad según nuestra jurisprudencia actual si bien existen algunos sectores doctrinales que lo niegan o se muestran escépticos.

Otro tema es que se produzcan tendencias y tesis minoritarias o mayoritarias en los Tribunales Constitucional y Supremo.

Mi criterio a raíz del análisis comparativo e investigación de la jurisprudencia americana de la *exclusionary rule* con su homóloga de España de *la prueba ilícita*, es que se puede llegar a la conclusión de que, aún siendo unos sistemas jurídicos y judiciales muy dispares, la aplicación y la doctrina jurisprudencial actuales son idénticas con ciertas salvedades.

Cabe mencionar entre ambos sistemas alguna anécdota cronológica respecto de las intervenciones telefónicas. Así las cosas es oportuno expresar que en EE.UU. la primera Sentencia que analiza este tema relacionado con la *exclusionary rule* y la cuarta enmienda data de 1928 y hasta el año 1967 no se revoca la tesis doctrinal de 1928⁴²⁷.

En España desde 1984 y en términos comparativos, la prueba ilícita tratando esta materia de escuchas telefónicas tiene cientos de pronunciamientos continuados con signos diferentes tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo.

⁴²⁷ *Olmstead v. Estados Unidos*.(1928) Es el primer caso de escuchas telefónicas en la historia Tribunal Supremo; se desarrolló en el contexto de la prohibición, ocho años después de la Decimoctava Enmienda, en la ley que prohíbe la venta, distribución y consumo de bebidas alcohólicas.(Ley Seca) Olmstead fue un contrabandista que había sido declarado culpable en gran parte por las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica. En síntesis expresa que la cuarta enmienda no protege las intervenciones telefónicas.

Katz v. Estados Unidos(1967). Revocación de la tesis doctrinal anterior. Ante la sospecha de que Katz estaba transmitiendo vía telefónica información sobre el juego a los clientes en otros Estados, los agentes federales conectaron un dispositivo de espionaje en el exterior de una *cabina de teléfono público* utilizado por Katz. En este caso declara que la Cuarta enmienda sí protege las intervenciones telefónicas y exige a la policía que obtenga una orden de registro para interceptar llamadas telefónicas; p.88-90 de este trabajo.

II. *Exclusionary rule* o regla de exclusión en la Jurisprudencia de EEUU.

El momento de nacimiento de la regla de la exclusión en términos absolutos, prohibiéndose la utilización de cualquier prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita lo encontramos en el caso *Boyd v. US* (1886) mientras que en la sentencia *Weeks v. US* (1914) es cuando se prohíbe la admisión de pruebas obtenidas en un registro ilícito -Cuarta Enmienda- por atentar ese acto en sí mismo contra los derechos constitucionales del acusado⁴²⁸.

En EE.UU. de forma paralela a *la exclusionary rule* fue conformándose como extensión de ésta, la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado, que surge por primera vez en el caso *Silverthorne Lumber Co. v United States* (1920), pero no se acuña esta expresión hasta la sentencia *Nardone v. United States* (1939); el segundo supuesto trata de intervenciones telefónicas ilegales. Se negó el uso derivado o efecto reflejo de las informaciones halladas mediante esa intervención ilegal, pero se aventuró que todo hubiera sido distinto si se hubiera podido justificar que esos datos obtenidos derivaban de una fuente independiente.

Dada su estructura federal, otro problema específico de los Estados Unidos, fue el abordado en el caso de *Rochin v. California* (342 U.S. 165 (1952), U.S. Supreme. Tres años antes en el caso de *Wolf v. Colorado* 338 U.S. 25 (1949), la Corte Suprema había permitido que se usara en un juicio estatal pruebas obtenidas ilícitamente por agentes federales, las cuales no

⁴²⁸ Enmienda Cuatro. Órdenes judiciales de registro y arresto .No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra allanamientos e incautaciones fuera de lo razonable, y no se emitirá ningún Mandamiento judicial para el efecto, si no es en virtud de causa probable, respaldada por Juramento o promesa, y con la descripción en detalle del lugar que habrá de ser allanado y de las personas o efectos que serán objeto de detención o incautación.

podían ser presentadas por las autoridades federales en un juicio federal. A partir del precedente *Rochin v. California*-1952, fue de aplicación generalizada la *exclusionary rule* a todos los Estados, tomando como base la decimocuarta Enmienda sobre el «*due process clause*» y fue confirmada esta nueva regla en el caso *Mapp vs Ohio* (1961), por tratarse de un derecho fundamental en la Constitución americana⁴²⁹.

En los años sesenta, bajo el eslogan presidencial de la «ley y orden», predominan los criterios conservadores y económicos durante la era Nixon, capaz de anteponer sus proyectos a cualquier consideración ética⁴³⁰. Es el momento en el que comienzan a surgir numerosas excepciones que van a flexibilizar la rigidez con que inicialmente había sido formulada la regla de la exclusión. Es la época del *balancing test*, donde se pondera tanto el interés del ciudadano en el respeto de sus derechos fundamentales, como el de la sociedad en un intento de acabar con el crimen, lo que conlleva no poder admitir estrictamente la regla de la exclusión⁴³¹.

Se produce el quebranto y deterioro de la regla de la exclusión en el caso *United States v. León* de 1984, cuyo primer exponente es esta sentencia.

La aplicación de esta doctrina que rechazara la regla de exclusión únicamente debía producirse en aquellos casos en que los beneficios

⁴²⁹ La Decimocuarta Enmienda señala que "ningún Estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad.". La expresión "el debido procedimiento legal" se ha interpretado como la prohibición de que los estados infrinjan la mayor parte de las garantías que la Carta de Derechos protege para que no sean menoscabadas por el gobierno nacional.

⁴³⁰ John Mitchell, ministro de justicia en la época de presidencia de Nixon, rehúye de una política social y afirma que «no podemos aceptar la pobreza como excusa del crimen; de lo contrario le resultaría suficiente a un criminal probar que es pobre para ser indultado», vid. FERNÁNDEZ, A., «Las democracias occidentales», Historia Universal. Vol. IV, Vicens Vives, 1996, págs. 650 y ss.

⁴³¹ MARTÍNEZ GARCÍA E. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*. Valencia. 2003. Tirant. online. com. p. 3.

derivados de ello, fuesen claramente superiores a sus costes sociales. Fue el momento en el que se enunció la *good-faith exception* de los agentes policiales como límite a la regla de exclusión⁴³².

En el asunto *Massachusetts v Sheppard* (1984), la negligencia policial y judicial llevaron a que se utilizara un formulario ya usado para habilitar la entrada y registro, cuyo objeto de búsqueda era distinto. Esta «irregularidad procesal» llevó a que, con posterioridad, se reputara ilícita la entrada pero que la *buena fe de la policía* llevara a dar como buenas las pruebas obtenidas en ese registro.

En Hudson v. Michigan (2006) Booker T. Hudson fue condenado en el Tribunal estatal por posesión de drogas y de armas de fuego después de que la policía le encontrase cocaína y una pistola en su casa. Aunque tenía una orden de registro la policía no cumplió la regla *-knock and announce rule-* derivada de la Cuarta Enmienda. Esta regla exige a los policías que deben esperar 20-30 segundos después de llamar a la puerta y dar a conocer su presencia antes de que entren en el hogar. El juez de primera instancia decidió que las pruebas halladas en la casa no podrían ser utilizadas. El Tribunal de Apelaciones de Michigan lo revocó y con fundamento en dos casos del Tribunal Supremo de Michigan que habían apreciado una excepción a la supresión de las pruebas que en cuestión se habrían sido conseguidas inevitablemente.

⁴³² Fruto de esta nueva perspectiva es la reducción de los casos de aplicación de la *exclusionary rule*. Ejemplo de lo que decimos representa el caso *Alderman vs United States* (1969), donde se impidió a los acusados cuyos derechos no habían sido objeto de violación que se opusieran a la introducción de pruebas ilícitamente obtenidas frente a otros coacusados; también en el asunto *United States vs Calandra* (1974) aconteció algo similar en relación con la declaración de un testigo (99 S. Ct. 961).

Más recientemente, en El caso *Virginia v. Moore*.(2008) el Tribunal se cuestiona respecto de la Cuarta Enmienda si una violación de las leyes estatales, que rigen las detenciones de la policía, encuentra una solución en la Constitución nacional. Ese es el argumento en *Virginia v. Moore*. La Corte Suprema del Estado entendió que la policía detuvo a Moore en lugar de hacerle entrega de una citación y dejarlo en libertad, por lo que la detención no era válida bajo la ley estatal, el registro que siguió a la detención fue inválido, y las pruebas obtenidas en el registro o cacheo tuvieron que ser suprimidas. En otra instancia judicial, sin embargo, fue condenado⁴³³.

Es posible que el caso *Miranda v. Arizona* en 1966 sea una de las Sentencias que mejor desarrolla la Quinta Enmienda respecto del derecho fundamental a “*no declarar contra sí mismo en un proceso criminal*” y además resulta ser un ejemplo de creación del derecho o cómo el Tribunal Supremo Federal crea derecho positivo a partir de la Constitución, y al margen del Congreso, como ya he comentado⁴³⁴.

En *Miranda v. Arizona* (1966), el Tribunal Supremo Federal señaló que *Miranda* debió tener representación legal antes de que confesara. De nuevo por el hecho de no tener abogado resultó una confesión inadmisible. En este

⁴³³ El caso *Virginia v. Moore* se inició el 20 de febrero de 2003, cuando dos detectives en Portsmouth, Virginia recibieron un mensaje de radio de alerta que decía que un particular estaba conduciendo un coche con el permiso de conducir suspendido. Los agentes detuvieron David Lee Moore, creyendo que estaba violando una ley estatal, al conducir con un permiso suspendido es un delito menor. Arrestaron a Moore, y, en un registro posterior mientras estaba en custodia, encontraron 16 gramos de cocaína y 516 dólares en efectivo en el bolsillo del pantalón. Fue acusado de posesión de cocaína con intención de distribuir. Moore trató de que no fuese admitido el uso de las pruebas sobre drogas, alegando que el registro había violado sus derechos de la Cuarta Enmienda (entre otras reclamaciones). La moción fue denegada, Moore fue declarado culpable y condenado a 18 años.

⁴³⁴ Vid. con más detalle p.108-111 de este trabajo.

caso, la Corte resolvió que, a partir del momento en que se restringe la libertad de movimiento del imputado en cualquier forma, se hace necesaria la defensa técnica y se debe instruir al detenido el contenido de las “advertencias de Miranda” (*Miranda warnings*) ⁴³⁵.

A partir de 1969 poco a poco empezó a cambiar el criterio de la doctrina Miranda de modo que el Tribunal Supremo Federal ha ido restringiendo gradualmente los derechos de los acusados y el proceso ha continuado hasta hoy mismo. Prueba de ello lo encontramos en la Sentencia de 1 de Junio de 2010 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, caso *Berghuis v. Thompkins*, donde consagra una interpretación restringida de los famosos derechos de Miranda.

La resolución formula que si un detenido pretende invocar sus derechos Miranda en un interrogatorio policial, y, en concreto, hacer uso de su derecho a guardar silencio, debe manifestarlo expresamente, de tal manera que no puede inducirse que está haciendo gala de tal derecho por la mera circunstancia de guardar silencio o no cooperar abiertamente con los agentes; porque si actúa de tal manera sin manifestar expresamente su intención de acogerse a su derecho constitucional de guardar silencio y posteriormente contesta a alguna pregunta o cuestión, aunque sea con monosílabos, tales contestaciones serán constitucionalmente válidas y podrán utilizarse en el ulterior proceso.

⁴³⁵ Esta lectura de derecho al detenido o advertencias de Miranda implica en la práctica que a la persona que es arrestada, la advertencia más conocida es la siguiente: “Tiene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usado en su contra en un tribunal de justicia. Tiene el derecho de hablar con un abogado. Si no puede pagar un abogado, le será proveído uno a costas del Estado”.

Cronológicamente transcurrieron unos 187 años desde la redacción de la IV enmienda hasta la CE. de 1978, en relación a sus homólogos de España del art. 17.3 de la CE. y el art. 520 y ss. de la LECrim. Éstos sin duda son mucho más precisos y detallados que la escueta declaración de la Enmienda Quinta. Ahora bien en casi dos siglos tuvimos tiempo suficiente para que nos sirviese el ejemplo de otros entornos democráticos.

III. La Prueba ilícita en la Jurisprudencia de España

Es sabido que la instauración de la prueba ilícita arranca en España a partir de la importante STC. 114/1984. Su origen fue un proceso laboral común y la denegación del amparo aunque el Tribunal Constitucional se valió de este recurso para introducir la doctrina americana de la prueba ilícita en general.

La influencia doctrinal norteamericana que mantenemos viene expresada por los términos de la resolución: " *En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la evidence wrongfully obtained y de la exclusionary rule, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en United States v. Janis (1976), la Corte declaró 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 agravuada... no existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita».*

La STC 107/1985, de 7 de octubre, reiteró la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre, en un caso en el que el demandante de amparo sostenía la ilicitud de la prueba de alcoholemia que se le había practicado en un control rutinario en el que había dado positivo, habiendo sido posteriormente condenado como autor de un delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

También se sostuvo esta doctrina en la STC 64/1986, de 21 de mayo, en un caso de un acusado por delito de prostitución que fue condenado con base en declaraciones sumariales de cuatro testigos que no comparecieron el día del juicio. En esta sentencia el Alto Tribunal matiza lo dicho en la Sentencia 114/1984, al decir que la doctrina de la prueba prohibida se aplica a «*la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión*

En el año 1994 la Jurisprudencia española dio el paso más protecciónista, confirmando la expansión imparable de la teoría de la prueba prohibida o doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*) desde su reconocimiento constitucional en 1984 y legal en 1985, pues es en ese año de 1994 cuando el Tribunal Constitucional pronuncia su STC. 85/1994 de 14 de marzo. Trataba un caso en el que se practicó una intervención telefónica acordada judicialmente por providencia -resolución no

motivada- en relación a dos personas por sospecha de comisión de delitos de tráfico de estupefacientes. La intervención, que fue prorrogada hasta dos veces por la policía sin que llegara la preceptiva autorización judicial que se había solicitado, da lugar al descubrimiento de un delito. El Tribunal Constitucional sienta en dicha Sentencia 85/1994, de 14 de marzo, la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida, reconociéndola en el Derecho Procesal español, de modo similar a cómo ocurrió con otros tribunales americanos y europeos. Debe apuntarse que esta “aplicación pura” de la doctrina del árbol envenenando en España duró poco, un año aproximadamente. Poco después el Tribunal Constitucional revocó su criterio y comenzaron las restricciones y excepciones.

Esto sucede en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/1995 de 6 de junio de 1995 y se inicia una andadura imparable de regresión doctrinal del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales propios del proceso penal. Constituye el éxodo a la retrocesión y al camino de las excepciones o límites de la prueba ilícita.

La Sentencia 86/1995 de 6 de junio de 1995 declara que “*de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional y, por lo tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios*” [F.J. 3]. Pero introduce nuevos elementos valorativos

que significan el cambio de orientación jurisprudencial regresivo y así nos habla de la declaración confesoria del imputado y las garantías constitucionales llevadas a cabo en enlace con proximidad temporal entre la confesión y la ocupación ilegal. En el caso en debate el recurrente declaró espontáneamente de forma inmediata después de conocer el resultado de la intervención ilegal y se produjo su autoincriminación. No estuvo presente un Abogado ni fue advertido de sus derechos ni del compromiso perjudicial para sus intereses al declarar su autoría y en su contra.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1995 expresa en síntesis que «*El hecho básico sobre el que se construye la condena, es absolutamente independiente y está totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas*«

La doctrina jurisprudencial, antes de la STC. 81/1998 de 2 de abril de 1998-*conexión de antijuricidad*- cuando aceptaba alguna prueba ilícita refleja o no para ser valorada, dentro del doctrina de los frutos del árbol envenenando, se acogía en su argumentos a no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas, mientras que posteriormente a dicha nueva doctrina se menciona si se cumplen o no todos los requisitos para justificar la desconexión de antijuricidad. En realidad, en ambos casos estamos hablando de construcciones doctrinales de la jurisprudencia, tanto en EEUU como en España, para emitir y justificar una sentencia de condena.

En unos casos se tratará de la prueba directa y en otro de la refleja pero el resultado es el mismo si en la argumentación se dice y se concluye que no hay contaminación, que es una prueba independiente, que se halló inevitablemente, o que actuando de buena fe los agentes.....

En la STC. 81/98 de 2 de abril lo importante es que exista prueba de cargo porque su falta afecta a la presunción de inocencia y que no ofrezca dudas sobre su culpabilidad (*In dubio pro reo*). Llegado este punto, se ha producido el efecto contrario al buscado en 1984 con la Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, pues mientras que ella plasmó la regla de exclusión de estas pruebas directas y derivadas - sobre la base de lo acontecido en EEUU- en dicha reformadora Sentencia-81/1998-se crea la doctrina de la *conexión de antijuridicidad*. *Prima facie*, resulta compleja y farragosa. Se parte de la base de que en supuestos excepcionales, pese a que las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las debe reconocer como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (F. Jurídico Cuarto).

Esta Sentencia supone la vuelta a *la teoría directa* y rezuma inspiración en la doctrina norteamericana de añadir excepciones a la prueba ilícita: en el sentido de que, aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. Desde un primer momento esta Sentencia

ha sido polémica y muy discutida por diversos sectores doctrinales. Opinamos que en realidad lo que aporta es un “muro doctrinal infranqueable”. Lo que acontece es que, si bien sigue sin admitirse la prueba directa ilícita con carácter general, por primera vez se aceptan las pruebas ilícitas «indirectamente derivadas» del acto lesivo sin necesidad de romper el nexo causal. Es decir, no contradice derecho procesal alguno la confesión –ilícita- derivada de la entrada y registro –ilícito-, si lo que existe es una *desconexión de antijuridicidad* entre la prueba derivada y la ilícita originaria. La conclusión primera a la que llega algún autor, y se comparte por quien redacta este trabajo, es que se *reduce o cercena el contenido de la garantía procesal y del artículo 11.1. LOPJ*⁴³⁶.

Durante el periodo de tiempo que oscila entre la STC 114/ 1984 y la STC 81/1998 se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se avecina un cambio, manifestado a través de constantes vaivenes y ciertas contradicciones en sus sentencias. De hecho una de las excepciones en dicho lapso temporal a la regla general de exclusión será la teoría de la *fuente independiente*, por la que se admiten pruebas derivadas de la ilícita pero basadas en un nexo o causa independiente de la originaria.

Traemos a colación un extracto del voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. Perfecto Andrés Ibáñez a la Sentencia del Tribunal

⁴³⁶ Entre otros: J.L GONZÁLEZ CUSSAC, *La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008, p. 3-4; E. MARTÍNEZ GARCÍA. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)* Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003, p. 1; J.L. GÓMEZ COLOMER. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008; p. 7-8.

Supremo- STS. 551/2008 de 29 de septiembre con referencias a derecho norteamericano. Como jurista el criterio es compartido por el autor del presente.

Se resume y analiza el comentado voto particular, en el que se alude al artículo 11.1. de La Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según el *Diccionario de la Real Academia*, “efecto” es “lo que sigue por virtud de una causa”. Es decir, en principio, todo lo que resulta de ésta.

El art. 11.1 LOPJ, según está doctrinalmente aceptado, consagra, en el plano de la legalidad ordinaria, una garantía que es implicación necesaria del contenido del art. 24,2 CE y se deriva del valor supremo que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales: aquí, en particular, al del presunto inocente a no ser condenado sino es en virtud de prueba válidamente obtenida. Encuentra sentido en la opción de nuestro constituyente: la consagración de la garantía procesal constitucional, con rango de derecho fundamental.

En un ordenamiento de democracia constitucional, como el nuestro, no son concebibles actuaciones institucionales limitativas de derechos fundamentales producidas sin respeto de las prescripciones constitucionales previstas al efecto. Y ello por una elemental razón de legitimidad: el Estado sólo puede intervenir legítimamente de aquel modo si, y sólo si, respeta las normas que él mismo se ha dado en la materia. Por eso, cualquier actuación del *ius puniendi* llevada a cabo al margen de esta exigencia es rigurosamente ilegítima.

En el contexto de interacción del art. 24 CE y el art. 11.1 LOPJ, la idea de *la confesión autoinculpatoria*, carecería de relación con la ilegitimidad constitucional, sólo por haberse producido conforme a las exigencias formal-

legales de la declaración del imputado en el juicio, resulta argumentalmente falaz, por varias razones:

- La observancia de esas exigencias de tutela del declarante tienen un efecto actual pero no retroactúa sobre la naturaleza de los antecedentes o presupuestos, extraprocesales o procesales, de la propia declaración.
- No está al alcance del declarante ni de ningún tribunal -de nadie, por tanto- convertir lo *inconstitucionalmente ilegítimo* en *legítimo* en “un ejercicio de prestidigitación jurídica”
- Ante el propósito del confesante de eludir la condena defendiéndose en el juicio y luego recurriendo la sentencia, sólo cabe concluir que actuó según lo hizo, ante la Guardia Civil y en el Juzgado, *por pura ignorancia del contexto procesal en el que se producían sus manifestaciones*.

Añade el Magistrado disidente... “*Por las razones expuestas, es claro que la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del art. 11.1 LOPJ*” Pues, en efecto, al enunciado que prescribe imperativamente: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, mediante ese imaginativo criterio de lectura, se le hace decir: “*Las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, surtirán efecto, salvo que...*”.

De conformidad con la práctica actual de los tribunales la regla legal pasa a ser excepción jurisprudencial, que según los cánones ordinarios de interpretación es rigurosamente inaceptable. Por tanto teoría de la conexión de antijuridicidad, como forma de introducir excepciones no previstas legalmente a

la regla general legal-constitucional de exclusión que impone el Art. 11.1. LOPJ. sólo puede tener una lectura.

En definitiva, la conclusión necesaria es que el art. 11.1 LOPJ descalifica los efectos directos y los indirectos que puedan extraerse de las pruebas ilegítimamente obtenidas.

Además otra consideración lógica que expresa el Magistrado disidente, es que hallándose vigente el art. 11.1 LOPJ, cuando se excluye su aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expone en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad, sólo por el pragmático motivo de evitar situaciones concretas de impunidad, se pierde de vista el marco de regularidad constitucional y legal a las actuaciones policiales y judiciales de escasa o ninguna profesionalidad.

IV. Excepciones a la Regla de exclusión en EEUU y España. Influencia recibida en el derecho español del sistema doctrinal jurisprudencial norteamericano.

La regla de ineficacia de la prueba derivada surge en el Derecho norteamericano, si se acredita la concurrencia de los siguientes hechos: la independencia de la fuente de la prueba derivada -esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que a todas luces aparecían con vinculación lógico-causal (*la independent source*, del caso *Wong Sun contra los Estados Unidos*, de 1963)-; la inevitabilidad del descubrimiento del hecho por otros medios diferentes al ilícito (*inevitable discovery*, apreciado en el caso *Nix contra Williams*, de 1984); en tercer lugar, la buena fe –*good faith exception*- en la

obtención de las pruebas directas (caso Estados Unidos contra León, de 1984); en último término, la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* (*Estados Unidos contra Ceccolini*, de 1978).

Todas estas excepciones a la prueba refleja y a la directa después, han tenido eco y entrada en la jurisprudencia española y su aplicación es similar a los EE.UU., no obstante sus sistemas jurídicos y judiciales tan dispares. Pronto fueron surgiendo las excepciones a *la doctrina de los frutos del árbol envenenado* en nuestra jurisprudencia, de forma que, en ocasiones, se ha evidenciado la razonabilidad de admitir pruebas derivadas de una ilícita por tres razones concretas antes manifestadas, es decir *la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal*.

1. La teoría de la fuente independiente. *La independent source*, (caso *Wong Sun contra los Estados Unidos*, de 1963).

En España esta excepción fue establecida por el Tribunal Constitucional en la STC 86/1995, de 6 de junio, en un caso en el que los demandantes de amparo habían sido condenados como autores de un delito contra la salud pública con base en intervenciones telefónicas practicadas sin mandamiento judicial. El Tribunal Constitucional a pesar de reconocer, como hizo en su día el Tribunal Supremo (STS. de 9 de octubre de 1992 de la Sala Segunda), que se había vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones de los demandantes (art. 18.3 CE), desestimó el amparo al entender que, sin perjuicio de ello, existía prueba de cargo suficiente, no vinculada a la intervención telefónica, consistente en la *confesión de un coacusado*.

Esta doctrina fue confirmada casi inmediatamente por la S TC 54/1996, de 26 de marzo, en otro caso de intervención telefónica ilegal por delito de terrorismo (detención ilegal), cuyos resultados probatorios fueron declarados prueba prohibida, pero insuficientes para vulnerar la presunción de inocencia al existir prueba testifical de cargo independiente que la desvirtuaba...

2. La teoría del hallazgo inevitable(*inevitable discovery*), apreciado en el caso *Nix contra Williams*, de 1984)

La doctrina del hallazgo inevitable o *inevitable discovery*, pretende romper la ilicitud de que adolece esa prueba derivada de la ilícita, bajo el argumento de que esa «inevitabilidad» justifica su admisión, y no produce ningún efecto disuasorio sobre la policía o Jueces. Tarde o temprano —viene a afirmar esta doctrina— se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión.

En la Sentencia del Tribunal Supremo -STS 26/05/1997 en su F.J Tercero se expresa que “*Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala la doctrina denominada como de los frutos del árbol envenenado que en nuestro ordenamiento jurídico tiene sede en el efecto indirecto de la vulneración del derecho fundamental que establece el artículo 11.1 de la LOPJ. que es aplicación de la llamada en el ámbito anglosajón doctrina del fruto podrido o manchado (“The tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de “los frutos del árbol envenenado»* («*The fruit of the poisonous tree doctrine*”), que esta Sala, en un reiterado cuerpo de doctrina ha configurado a través de las notas siguientes: 1.º) *No contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las*

*ilícitamente obtenidas. 2.º) Que esa desconexión siempre existe en los casos conocidos en la jurisprudencia norteamericana como “hallazgo inevitable”*⁴³⁷.

Debemos matizar que no se debe confundir con los «hallazgos casuales», que son meros descubrimientos de otros delitos a través de actos de investigación. Al respecto opinamos que parece muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo -STS 28 abril 1995- donde se autorizó un registro domiciliario para investigar un robo, hallándose casualmente droga. El problema surge cuando se amplía o modifica objetiva o subjetivamente el acto de investigación, extralimitándose de lo establecido en la autorización judicial.

3. La teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* (EE.UU. v. *Ceccolini*, de 1978).

La teoría del nexo causal atenuado o *purged taint* se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se exige que el hecho por el que se reputa la culpabilidad nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen y la prueba derivada, bien la intervención de un tercero, bien la confesión espontánea. Se trata de datos inculpatorios en cierta medida conectados pero que surgen de manera natural y automática. En España, entre otras lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1979 , y menciona que la jurisprudencia norteamericana, acorde con su amplio sistema de excepciones, ha objetivizado determinados parámetros para entender

⁴³⁷ Representado entre muchas, en las SSTS 210/1992, de 7 febrero SSTS 298/1994, de 7 febrero, 2054/1994, de 26 noviembre, 725/1995, de 5 junio y 499/1997, de 18 abril.

cuándo ese nexo se encuentra atenuado conforme se deriva del caso *Brown vs Illinois* -1975-. Allí se explicita que cuando la prueba derivada se use para «fines raros o inusuales» parece extraño que la policía pudiera actuar con tales móviles y, por tanto, la exclusión de la prueba pudiera no llegar a tener eficacia disuasoria alguna. Igualmente, se ha de poner en ponderación la cantidad de derecho invadido (intensidad de la infracción) y la argumentación necesaria para romper dicho nexo lógico existente entre ambas pruebas, de modo que, cuando para ello se tenga que acudir a «argumentaciones sofisticadas» no podrá reputarse como válida esa prueba.

4. Excepciones a la prueba directa

Por lo que se refiere a la exclusión de las pruebas directas, desde hace algún tiempo, se aprecian síntomas de introducir en España - al igual que sucediese en EEUU a partir de 1984- , una tendencia proclive a admitir pruebas ilícitas, pero obtenidas con *la buena fe* de los agentes policiales. Sería el caso típico del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida, pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe (*good faith doctrine*).

Cabe decir que a nivel dogmático ya fue resaltada en España la buena fe del policía por la STS. 994/1997, de 4 de julio al asumir la teoría del descubrimiento inevitable, pues en ella se dice que éste «debe ceñirse a los supuestos de *actuaciones policiales realizadas de «buena fe»*, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías constitucionales la

obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...».

Recogemos la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 22/2003, de 10 de febrero. En este caso el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, hallándose un arma de fuego propiedad del acusado, decretándose la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque ésta actuó sin dolo o culpa.

Declara el Tribunal Constitucional que la inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, F. 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se *hubiera podido obtener de modo lícito* si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial...para concluir que la *excepción de buena fe* neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión⁴³⁸.

La inadmisibilidad de estas pruebas no generaría el efecto disuasorio pero, por otro lado, este canon de validez justifica, cada vez más, la admisión

⁴³⁸ En los EEUU en 1984 en el caso *US v. León* o el caso *Massachusetts vs. Sheppard* se acogió *The good faith doctrine exception* que resulta ser la misma doctrina de la buena fe que antes hemos referido en Jurisprudencia del T.S. y T.C.

de pruebas ilícitas, conforme aconteció tanto en los caso de EEUU como en los España reseñados.

En España la *confesión voluntaria* sin asistencia letrada ha sido admitida en alguna ocasión bajo la argumentación de la ausencia de constancia de fuerza o presión policial, falta de engaño de éstos al mostrar su condición de agentes de la autoridad y la voluntariedad de la confesión (Auto TC 282/93), admitiendo la prueba originaria como lícita.

Considero que todas luces este supuesto quebranta de modo abierto los derechos del detenido o imputado, pues a pesar del juego de palabras de que la persona en cuestión en el momento de la confesión no tenía la condición de detenido ni de imputado la realidad de las investigaciones previas de la policía no era esa⁴³⁹. Es un modo no muy ortodoxo de admitir la prueba ilícita directa para fundamentar una condena posterior.

Considero que no tiene una debida solidez doctrinal ni legal pues es evidente, o así parece al menos, que la persona que estaba con los agentes de policía en sus dependencias o incluso en otro lugar no se hallare ni de visita ni como un testigo. En términos preprocesales en realidad era un claro sospechoso para la policía con investigaciones anteriores de su presunta intervención en los delitos imputados, después a resultas de haber confesado de forma voluntaria. Opino que tampoco resulta garantista el argumento que expresa el Tribunal Constitucional: "que los agentes de policía no se encontraban obligados, al menos antes de oír la confesión del recurrente"…Ciertamente antes estos hechos y sospechas documentadas en

⁴³⁹ Art. 17.3 C.E.(en relación con el 520.3 LECRM y el art. 24.2 C.E. en relación con el art. 118 (el derecho de toda persona a ser informada de la acusación formulada contra ella)

diligencias policiales entiendo que sí estaban obligados a la lectura de derechos antes de hablar con él, puesto que una de las garantías esenciales es precisamente que no se autoincrimine, para lo cual debieran haberle comunicado su condición de detenido y recibir asistencia letrada. No parece una confesión tan espontánea ni voluntaria por los elementos periféricos que se deducen.

Por tanto no se puede compartir la doctrina de este Auto de Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 1993(ATC. 282/93) y menos en su colofón..."*Por consiguiente, no siendo contraria a la Constitución la manera en que se obtuvo la confesión, la declaración ulterior de los policías en el juicio relativa a la misma confesión constituyó, como indica la Sala Segunda del T.S. en su Sentencia de 22 de febrero de 1993, un testimonio de referencia, prueba plenamente admisible desde el punto de vista constitucional (STC 217/1989) y legal (art. 710 L.E.Crim.), que pudo perfectamente ser tenida en cuenta por el Juzgador penal, a la hora de formar su convicción acerca de la responsabilidad del recurrente en cuanto a los delitos de estafa y de falsificación de documento público de los que venía acusado".*

CONCLUSIONES

PRIMERA. LA EXCLUSIONARY RULE O REGLA DE EXCLUSIÓN.

Esta institución procesal fue una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América siendo su primer precedente *el caso, Boyd vs US*, resuelto en 1886. La citada resolución prohibió la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal. En EE.UU. y de forma paralela fue conformándose la denominada *doctrina de los frutos del árbol envenenado*. Ésta surge por primera vez en 1920, a partir de unas intervenciones telefónicas ilegales, pero no se acuña esta expresión hasta 1939. Es sabido que esta doctrina otorga la nulidad de las pruebas que se derivan de otras directas obtenidas de modo inconstitucional, produciendo una especie de efecto dominó en su validez valorativa por el juzgador.

En España, el reconocimiento jurisprudencial de la prueba ilícita llegó casi cien años después que en EEUU. Sigue en 1984 cuando el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1984(STC. 114/1984) valiéndose de un caso laboral común se pronuncia sobre la prueba ilícita. Ya en esta primera Sentencia se cita profusamente jurisprudencia norteamericana, de lo que se infiere una significativa inspiración doctrinal del Tribunal Constitucional de España en el Tribunal Supremo Federal de EEUU.

SEGUNDA. RAÍCES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES. EEUU.

Uno de los temas centrales que han generado enfrentados debates en torno a la *exclusionary rule* ha sido la cuestión de la búsqueda de sus raíces y fundamentación constitucional.

Si examinamos el texto constitucional de EE.UU., puede deducirse que la regla de exclusión no tiene apoyo literal en la Constitución estadounidense ni en ninguna de las Constituciones de los cincuenta estados federados.

La regla es una opción a disposición del tribunal, el cual tiene que sopesar, por una parte, los costes que conlleva su aplicación en la exclusión de pruebas relevantes, y por otra, su utilidad disuasiva en la prevención de futuros abusos.

En suma en EEUU., históricamente la regla de exclusión ha operado sobre la base de tres clases de razones, que a menudo convergen: la tutela del derecho fundamental, el efecto disuasorio o *deterrrent effect* sobre los agentes de la policía y la idea de “integridad judicial” de la Constitución, que impide basar una resolución en elementos inconstitucionales. Pero existen directrices actuales para no aplicar la regla que se hallan en la línea de proteger a la sociedad y favorecer la seguridad de los ciudadanos en contra de garantizar los derechos fundamentales. Este motivo de inaplicación de la regla resulta cada vez más imparable y evidente. Prueba de ello es la reciente modificación de las históricas advertencias de Miranda de 1966, en Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 1 de Junio de 2010 que consagra una interpretación

restringida de aquellos conocidos derechos Miranda o “*Miranda warnings*”, relativos a la lectura de derechos a detenidos, imputados y acusados.

TERCERA. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA AMERICANA EN ESPAÑA. DIFERENCIAS.

En España las raíces y fundamentación de la regla de exclusión resultan similares. Se sostiene que no existe norma expresa en la CE y que sucede en parte lo mismo que en Norteamérica, de modo que la doctrina y la jurisprudencia también han proclamado y defendido la misma línea que en EE.UU. En un análisis diferencial, en nuestra cultura jurídica, por un lado, sí existe una norma legal expresa, el art. 11.1. de la LOPJ., pero las excepciones a la prueba ilícita, tanto refleja como directa, especialmente surgidas en los años noventa y la Jurisprudencia han podido dejar a esta norma sin un contenido real y efectivo.

Por otro lado en cuanto la exclusión de las pruebas derivadas de las ilícitamente obtenidas debe oscilar sobre la idea de tutela de los derechos fundamentales, y a diferencia de en EE.UU., en menor grado sobre la necesidad o conveniencia del efecto disuasorio (*Deterrence effect*) sobre conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal

CUARTA. INEFICACIA DE LA PRUEBA REFLEJA. EXCEPCIONES. EE.UU.

La regla de ineficacia de la prueba refleja o derivada surge en el Derecho norteamericano si se acredita la concurrencia de los siguientes

hechos: la independencia de la fuente de la prueba derivada -esto es, una inexistencia de nexo causal entre dos pruebas que, a todas luces, aparecían con vinculación lógico-causal (*la independent source*); el descubrimiento inevitable del hecho por otros medios diferentes al ilícito (*inevitable discovery*); en tercer lugar, la teoría del nexo causal atenuado o *purged taint*. En último término, la buena fe –*good faith exception*– en la obtención de las pruebas directas.

QUINTA. INSTAURACIÓN DE LAS EXCEPCIONES EN ESPAÑA.

Todas estas excepciones a la prueba refleja y a la directa después, han tenido eco y entrada en la jurisprudencia española y su aplicación es similar a los EE.UU., pese a tratarse de sistemas jurídicos y judiciales tan dispares.

Pronto fueron surgiendo las excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado en nuestra jurisprudencia, de forma que, en ocasiones, se ha evidenciado la razonabilidad de admitir pruebas derivadas de una ilícita por las tres razones concretas antes manifestadas, es decir *la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal*.

SEXTA. LIMITACIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN EN AMBOS PAÍSES

Posteriormente a 1984 en EEUU y a 1998 en España, se iniciaron en ambos sistemas importantes restricciones a la regla de exclusión con una caída acelerada de esta institución procesal representada por la práctica desaparición de la eficacia de la prueba refleja y su doctrina frutos del árbol envenenado e

igualmente porque la jurisprudencia de ambos países comenzó a valorar pruebas ilícitas directas aplicando la doctrina de *Good faith exception* o excepción de la buena fe y la confesión voluntaria de los acusados, para evitar absoluciones y fundamentar condenas.

En EE.UU. la doctrina de la buena fe se introdujo en 1984 y en cuanto a España cabe decir que, a nivel dogmático, ya fue resaltada en la buena fe del policía en 1997, asumiendo el Tribunal Supremo la teoría del descubrimiento inevitable. El Tribunal Constitucional en 2003, además de aceptar esta excepción, va más allá y se pronuncia, admitiendo la excepción *de la buena fe* que neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión.

SÉPTIMA LA DOCTRINA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO.

La denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (*poison tree doctrine*) surgió en los EE.UU. por primera vez en el 1920. En los años 70 a 80 se aprecian continuas limitaciones o excepciones a la prueba refleja, y se produce el quebranto y deterioro de la regla de la exclusión en 1984 y siguientes.

En España en 1994 el Tribunal Constitucional sienta esta doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida (frutos del árbol envenenado), reconociéndola en el Derecho Procesal Español, de modo similar a como bastante años antes ocurrió con otros tribunales americanos y europeos.

En España constituyó una aplicación garantista y genuina de la doctrina del árbol envenenando con procedencia norteamericana, de modo que los

Tribunales no tenían en consideración , a efectos de valoración, las pruebas derivadas o reflejas que provenían de las ilícitas directas. Esta doctrina tuvo una efímera vigencia ya que un año después el Tribunal Constitucional modificó su criterio y comenzaron las restricciones y excepciones.

Desde una perspectiva de los derechos fundamentales propios del proceso penal, en 1995 el Tribunal Constitucional inicia una andadura significativa en prescindir de la prueba refleja, con nuevos criterios en su doctrina. Constituye el éxodo a la retrocesión y al camino de las excepciones o límites de la prueba ilícita que abarcaría en su expansión hasta el año 1998. Fue seguido por el Tribunal Supremo, salvando algunas tesis minoritarias.

OCTAVA. FIN DE LA PRUEBA REFLEJA EN ESPAÑA. LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD. 1998.

En 1998 el Tribunal Constitucional crea la denominada doctrina de la *conexión de antijuridicidad*. *Prima facie* resulta compleja y farragosa. Se parte de la base de que en supuestos excepcionales, pese a que las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, se las debe reconocer como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia.

Esta doctrina supuso la vuelta a la teoría directa, en el sentido de que, aun existiendo una relación clara de causalidad fáctica entre el resultado

probatorio y la intervención ilícita, es posible romper la conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la fuente/medio de prueba obtenido. Del mismo modo dicha creación doctrinal del Tribunal Constitucional abrió el camino a la valoración de la prueba ilícita directa en algunos supuestos.

Desde un primer momento la doctrina de la conexión de la antijuridicidad de 1998 resultó polémica y muy discutida por diversos sectores doctrinales. En realidad lo que aporta es un “muro doctrinal infranqueable”. Si bien sigue sin admitirse la prueba directa ilícita con carácter general, por primera vez se aceptan las pruebas ilícitas «indirectamente derivadas» del acto lesivo sin necesidad de romper el nexo causal. Es decir, no contradice derecho procesal alguno la confesión –ilícita- derivada de la entrada y registro –ilícito-, si lo que existe es una *desconexión de antijuridicidad* entre la prueba derivada y la ilícita originaria. La conclusión primera y derivada es la *reducción y escisión del contenido de la garantía procesal y del artículo 11.1. LOPJ.*

NOVENA. NOTABLES SIMILITUDES DOCTRINALES DE AMBOS SISTEMAS. VISIÓN ACTUAL.

Entiendo que actualmente existe cierto paralelismo o se sigue muy de cerca a la doctrina de EEUU. A raíz del análisis comparativo e investigación de la jurisprudencia americana de la *exclusionary rule* con su homóloga de España de *la prueba ilícita*, se puede colegir la conclusión de que aún

siendo unos sistemas jurídicos y judiciales muy dispares, la aplicación y la doctrina jurisprudencial actuales son similares con ciertas salvedades.

Hay que subrayar que en nuestro país, en unos veinticinco de años, se ha logrado llegar a un régimen jurídico equivalente al norteamericano, que goza de más cien años de evolución.

Actualmente en EE.UU. cuando no existe una excepción doctrinal para no valorar auténticas pruebas ilícitas, se pretextan errores policiales e incluso judiciales, si el interés de la sociedad exige una sentencia de condena.

En España creemos que sucede algo parecido, con otros matices, pero en definitiva con base en excepciones. Se aprecia que se van soslayando sibilinamente los derechos fundamentales del acusado, una tendencia de auxilio en favor de las víctimas y la protección de la seguridad pública e intereses de la sociedad.

DÉCIMA. DEROGACIÓN VIRTUAL. GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD PÚBLICA. DECLIVE DE LA REGLA.

En términos de aplicación a la práctica forense, se puede mantener que, en realidad, el art. 11.1. LOPJ. se halla “fuera del juego forense” al quedar aparcada la prueba refleja y sesgada en vías de supresión la directa. Por todo ello se podría determinar que aún estando vigente dicha norma pueda hallarse “jurisprudencial y tácitamente derogada” o como mínimo excluida su

aplicación mediante interpretaciones tan forzadas como la que se expresa en la llamada teoría de la conexión de antijuridicidad.

Como corolario de la anterior, en ambas culturas jurídicas consideramos que, a tenor de la jurisprudencia investigada, se hallan en serio peligro de ser obviados los derechos fundamentales en el seno del proceso penal, pudiendo encontrar algunas hipotéticas razones en la globalización, el terrorismo internacional y las organizaciones criminales multinacionales lideradas por el narcotráfico.

A la luz de lo expresado, estamos ante un momento histórico de declive o incluso extinción de la regla de exclusión en ambos países: en la sociedad supranacional prima la seguridad ante el garantismo. Se puede extrapolar a la situación y tendencias a contornos democráticos continentales y a determinados países latinos.

José Manuel Alcaide. Abril de 2012.

A B R E V I A T U R A S

ART.	Artículo
ATC.	Auto Tribunal Constitucional
ATS.	Auto Tribunal Supremo
BOE.	Boletín Oficial del Estado
CC.	Código Civil
CE.	Constitución Española
C.E.D.H.	Convenio Europeo de Derechos Humanos
C.P.	Código Penal
F.D.	Fundamento de Derecho
F.J.	Fundamento Jurídico
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.O.G.P.	Ley Orgánica General Penitenciaria
LO.	Ley Orgánica
LOFCS.	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC.	Ley Orgánica Protección Seguridad Ciudadana
LORTAD.	LO. Regulación Tto. Automát. Datos Personales
PIDCP.	Pacto Internac. Dchos. Civiles y Políticos
RD.	Real Decreto
RP.	Reglamento Penitenciario
SSTC.	Sentencias Tribunal Constitucional
SSTS.	Sentencias Tribunal Supremo

STC.	Sentencia Tribunal Constitucional
STS.	Sentencia Tribunal Supremo
STEDH.	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia
T.S.F.	Tribunal Supremo Federal

BIBLIOGRAFÍA.

- ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M. Guía práctica de la prueba penal: jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuridicidad, ed. Dijusa. Madrid, 2005.
- ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., Guía práctica de la prueba en el proceso penal. Edit. Práctica de Derecho. Valencia. 1999.
- ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M. <http://www.noticias.juridicas.com> Decadencia de la prueba ilícita penal -*exclusionary rule*- en el derecho norteamericano. Apuntes iniciales de derecho español. Junio 2009. Artículos doctrinales. Otros/ Varios.
- APARICIO BLANCO, P., «Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de menores, en el ámbito de la Ley de Responsabilidad del menor», PJ, núm. 60, 2000.
- ARMENTA DEU, T., (VVAA), «La prueba ilícitamente obtenida», Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.,
- AROZAMENA LASO, C., «Prueba ilícita y control en vía casacional», Actualidad Penal, XXXI
- ASENCIO MELLADO, J.M, «La prueba. Garantías derivadas del art. 24.2 de la Constitución», Revista del Poder Judicial, núm. 4, 1986
- ASENCIO MELLADO, J.M., Prueba prohibida y prueba preconstituida, Trivium, Madrid, 1989.

- ASENCIO MELLADO, J.M., Derecho Procesal Civil, Tirant Lo Blanch, 2000.
- BANDRÉS SANCHEZ-CRUZAT, J.M., Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, Aranzadi, 1992.
- BAÑO LEÓN, J.M., «Distinción entre Derecho Fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 24, septiembre-diciembre, 1988
- BAÑO Y ARACIL, J., «El Ministerio Fiscal en la Instrucción de los delitos», Revista General del Derecho, núm. 594.
- BARBERO, R., «La cooperación policial y judicial en materia penal en el marco de la integración europea», Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.
- BARONA VILAR, S., (VVAA) El proceso civil, vol. III, Tirant Lo Blanch, 2001
- BAYARRI GARCÍA, C., «La prueba ilícita y sus efectos», La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993.
- BELLIDO PENADÉS, R., «Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de imparcialidad en la adopción de la prisión y libertad provisionales», Actualidad penal núm. 18, 1998.
- BONET LOSCERTALES, B., «El derecho al secreto de las comunicaciones postales. Incisión practicada en paquete postal sin autorización judicial», Tribunales de Justicia 2000/8-9.

- BOROWSKI, M., «La restricción de los derechos fundamentales», Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000.
- BORRAJO INIESTA, I., «El derecho a la tutela sin indefensión (art. 24.1 CE): guión de cuestiones», Cuadernos de Derecho Público, mayo-agosto 2000.
- CAMAÑO, F., «El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», Cuadernos de Derecho Judicial, mayo-agosto, 2000.
- CACHÓN VILLAR, M., La prueba ilícitamente obtenida (reflexiones en torno al art. 11.1 LOPJ), Valladolid 1990.
- CALDERÓN CUADRADO, P., «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Cuadernos de Derecho Público, mayo-agosto 2000.
- CANLE, I., Las intervenciones corporales en el proceso penal, ejercicio de oposición, 2002.
- CARDENAL GÓMEZ, M.R., «La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador», La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, EJMF 2000, vol. VI.
- CARMONA RUANO, M., «De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que pueda declararse?», Jueces para la Democracia, núm. 25, marzo 1996.
- CARRARA, «Derecho penal y procedimiento penal», Opúsculos de Derecho Criminal, vol. IV,

- CASTELLS, M., *La era de la información: Fin del milenio*, vol. III, Alianza 2001.
- CEDEÑO HERNÁN, M., «Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional», *El artículo 24 de la Constitución: Algunos problemas pendientes*, Cuadernos de Derecho Público, mayo-agosto 2000.
- CORBAL, «La adquisición procesal y la carga de la prueba», *La prueba en el proceso civil*, CCGPJ, 1993.
- COUTURE «Tutela constitucional del proceso», *Fundamentos de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1958.
- CUESTA, P., «Pruebas ilícitas: Excepciones con relación al delito de posesión de estupefacientes», *Revista General del Derecho*, núm. 668, 2000.
- CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva*, Bosch 1994.
- DE LA OLIVA, A., «Eficacia y garantías procesales de la actividad», (VVAA), *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./DÍEZ-PICAZO, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, 2001.
- DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

- DE OTTO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 CE», *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.
- DE URBANO CASTILLO/TORRES MORATO, *La prueba ilícita penal*. Estudio jurisprudencial, Aranzadi, 1997.
- DELGADO MARTÍN, J., «Intervenciones corporales. Su colisión con los derechos fundamentales», *Iuris*, núm. 55, noviembre 2001.
- DÍAZ CABIALE, J.A., «La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal», *Cuadernos del CGPJ*, 1992.
- DÍAZ CABIALE, J.A., «Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc)», *Cuadernos de Derecho judicial*, 1996, XII.
- DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, 2001.
- DÍAZ CABIALE, J.A., “La teoría de la conexión de antijuridicidad”, *Jueces para la democracia*, 43, marzo de 2002, pp. 39-49.
- DÍAZ CABIALE, J.A. y Martín Morales, R., “¿Es proyectable el artículo 11.1 de la LOPJ a las pruebas obtenidas violentando un derecho constitucional no fundamental?”, *Diario La Ley*, Nº 4445, 24 de diciembre de 1997.
- DÍAZ PITA, M.P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, I., (VVAA), *La sentencia de amparo constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1996.

- DÍEZ-PICAZO, I., «La reforma del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras», *Tribunales de Justicia* 1998, núm. 2.
- DÍEZ-PICAZO, I., *Comentarios a la Constitución Española*, (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), *Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas*, Madrid, 1996.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, 1995.
- ETXEBERRÍA GURUDI, J.F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, 1999.
- EUSAMIO, E. «La jurisprudencia norteamericana sobre los efectos del material probatorio ilícito: la regla de la exclusión», *Universidad Carlos III (Madrid)*, inédito.
- FERNÁNDEZ, A., «Las democracias occidentales», *Historia Universal*. Vol. IV, Vicens Vives, 1996.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La prueba ilegítimamente obtenida», *La Ley*, 1990.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías*, Trotta, 2001.
- FIDALGO GALLARDO, C. “Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1.LOPJ. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.
- GARCÍA VILA, M., «Los cacheos: delimitación y clases», *Actualidad Penal*, XIII-2000.
- GARRIDO FALLA, F., «Los cambios en la jurisprudencia del TC: El carácter subsidiario del recurso de amparo y el artículo 240 LOPJ», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: la «prueba sobre la prueba» en el proceso penal*, Ed. Revista General del Derecho, 1999.
- GIL HERNÁNDEZ A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995.
- GIMENO/CONDE-PUMPIDO/GARBERÍ, *Los procesos penales*, Bosch, 1999.
- GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Madrid 1988.
- GIMENO SENDRA, V. (MORENO/CORTÉS), *Derecho procesal Penal*, Colex, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., «La intervención judicial de las comunicaciones telefónica a la luz de la jurisprudencia», *Revista jurídica de Cataluña*, 1998, 1.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., (junto a otros) *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 2002.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Palestra editores, 1999.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. *La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español..* Tirant lo Blanch, 2008
- GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)», *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Entrada y registro en domicilio», *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993.

- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Prueba y Proceso Penal. La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida. Tirant Lo Blanch, 2008.
- HENDLER, EDMUNDO S. . *Derecho Penal y procesal de los Estados Unidos*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires. 2006.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal, Ed. De Derecho reunidas, 1996.
- HÖPFEL, F./HUBER, B., Beweisverbote in Ländern der EU und Vergleichbaren Rechtsordnungen/Exclusion of Evidence within the EU and Beyond, IUSCRIM, Wien, 1997.
- JELLINEK, G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, Aalen, 1919.
- JIMÉNEZ CONDE, F., (VVAA), «Presunción de inocencia», Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.
- JUANES PESES, A., «La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia», Actualidad Aranzadi, núm.353, 30 julio 1998.
- JUANES PESES, A., «Principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción», Poder Judicial, Especial.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, págs. 147-148
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., «Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea», La Jurisprudencia del tribunal Europeo de

Derechos humanos, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1993.

- LÓPEZ YAGÜE, V., La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa, Universidad de Alicante, Tesis doctoral.
 - LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La intimidad corporal devaluada. Comentario a la sentencia núm. 37/89, de 15 de febrero del tribunal Constitucional», Poder Judicial, 1989, núm. 14, junio.
 - LÓPEZ-FRAGOSO, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Madrid 1992.
 - MARCHENA GÓMEZ, M., y LOZANO-HIGUERO PINTO, M., La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal, Comares, Granada, 1996.
 - MARTÍN OSTOS, J., «Las intervenciones y registros corporales en el proceso penal», (VVAA), Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.
 - MARTÍN PALLÍN, J., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», Poder Judicial, Especial VI.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril). Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch, 1999.

- MIRANDA ESTRAMPES, M., «Algunas reflexiones sobre la práctica de la prueba ante el Tribunal del Jurado», *El Tribunal del Jurado* (vv.aa.), Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1995.
- MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, 2002
- MORENO CATENA, V., (VVAA) *El proceso civil*, vol. III, Tirant Lo Blanch, 2001.
- MORENO CATENA, V., «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial, Especial II*.
- MORENO CATENA, V., *El proceso penal*, Vol. III, Tirant Lo Blanch, 2000.
- MORENO CATENA, V., (GIMENO/CORTÉS), *Derecho Procesal penal*, Colex, 1999.
- MORENO CATENA, V., V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2004. *Prueba y proceso penal*.
- MORENO CATENA, V. Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal. 2008.
- NADAL GÓMEZ, I., «La intervención de las comunicaciones telefónicas», *Tribunales de Justicia*, noviembre 2002.

- NOYA FERREIRO, L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 2000.
- OLIVA SANTOS, A., "Sobre la ineeficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Tribunales de Justicia*, Madrid, Nº 8, agosto-septiembre de 2003.
- ORTELLS RAMOS, M., «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional», *Medidas restrictivas de los Derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, XII.
- PASTOR BORGOÑÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Justicia* 1986, núm. 2.
- PASTOR ALCOY, F., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Valencia, *Práctica de Derecho*, 1995
- PEDRAZ PENALVA, E., (VVAA), *Derecho procesal penal*, Tomo I, Colex.
- PEDRAZ PENALVA, E./ORTEGA BENITO, V., «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *Poder Judicial* núm. 17.
- PÉREZ CEBADERA, M.A., «La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre», *Tribunales de Justicia*, noviembre 2002.
- PÉREZ CRUZ MARTÍN, A., «La prueba de alcoholemia en el nuevo Reglamento General de circulación», *La Ley*, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984

- PICÓ I JUNOY, J., «Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de la prueba ilícita», *Justicia* 1997.
- PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona 1998.
- PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona 1997.
- RIVES SEVA, A., *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ SOL, L., *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, 1998.
- SALAS CALERO, L. *Prueba y Proceso Penal. Últimas tendencias en Estados Unidos sobre las reglas de exclusión probatorias*. Tirant lo Blanch. 2008.
- SENES MOTILLA, C., *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid 1994.
- SILVA, J., *La expansión del Derecho*, Tecnos 1999.
- URBANO CATRILLO, E. y TORRES MORATO, M., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi 1997.
- VÁZQUEZ SOTELO J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch 1984.
- VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La Ley, 1993.
- VELASCO NÚÑEZ, E., «Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita», *RGD*, t. 624, 1996.
- VELAYOS MARTÍNEZ, I., *El testigo de referencia en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1998.

- VERVAELE, J., «La unión Europea y su espacio judicial Europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea», *Ley Penal*, enero 2002.
- VVAA, «Perspectiva jurídico-sustantiva», *Fuentes de prueba y nuevas formas de criminalidad*, Universidad de Almería, Ed. a cargo de GÓMEZ AMIGO, L.
- VV.AA, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de derecho judicial, 2001.
- IGNACIO BORRAJO INIESTA, IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas, 1995.
- JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS : *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid, Civitas, 2001.
- LUIS LÓPEZ GUERRA: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- JOSÉ ANTONIO PORTERO MOLINA: *Constitución y jurisprudencia constitucional (selección)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MANUEL PULIDO QUECEDO: *La Constitución española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Aranzadi, 1996.
- FRANCISCO RUBIO LLORENTE, M^a ÁNGELES AHUMADA, ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO, ANTONIO LÓPEZ CASTILLO Y JOSÉ L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona, Ariel, 1995.

- www.tribunalconstitucional.es
 - www.tribunalsupremo.es
 - [www.supremecourtus.gov.\(EEUU\)](http://www.supremecourtus.gov.(EEUU))
 - [http://www.wdl.org/es/ \(BIBLIOTECA DIGITAL MUNDIAL\)](http://www.wdl.org/es/)
 - FindLaw: Casos y códigos: Corte Suprema de Justicia opiniones www.findlaw.com/casecode/suprema .
 - Corte Suprema de los Estados Unidos - EE.UU. Tribunales www.uscourts.gov/
 - El proyecto Oyez en el IIT de Chicago-Kent College of Law | A Multimedia ...www.oyez.org/ - Estados Unidos
 - Corte Suprema de EE.UU. Los casos de Justia y Oyez supremo.justia.com/ -
 - Jurista - La Corte Suprema de los Estados Unidos jurist.law.pitt.edu/supremo/ - ESTADOS UNIDOS
 - Biblioteca del Congreso EEUU.
▪ www.loc.gov/ -
 - <http://www.lexjuris.com/>(Jurisprudencia y Leyes de PUERTO RICO-EEUU)
- Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)

SENTENCIAS CITADAS

CAPITULO PRIMERO.

CAPÍTULO I JURISPRUDENCIA DE EEUU.

1. Escobedo vs. Illinois, 378 U.S. 478. (1964),
2. Miranda vs. Arizona (1966)
3. Wolf vs. Colorado- 338 U.S. 25 (1949)
4. Wong Sun vs. United States, 371 U.S. 471(1963)
5. Stoner vs. California (1964)
6. Katz vs. United States (1967)
7. McCleskey vs. Zant, US., 111 S.Ct. 1464 (1991)
8. Coleman en el Estado de Virginia.(Coleman c/ Thompson U.S. 11S.Ct. 2456 .1991)
9. United States vs León de 1984
10. Lumber Co. vs United States (1920)
11. *Olmstead v. EE.UU.*, 277 EE.UU. 438 (1928).
12. Nardone vs. United States (1939)
13. Silverthorne Lumber Co. vs United States (1920)
14. United States vs Ceccolini (1978)
15. Nix vs Williams (1984)
16. Hudson vs. Michigan (2006)
17. Rochin vs California (1952)
18. Weeks v. United States (1914)

19. Mapp c. Ohio, 367 EE.UU. 643 (1961)
20. Virginia v. Moore. (2008, 23 de abril)
21. Herring v. United States (2009)
22. United States (2008). no. 07-513 (2008)
23. Wong Sun vs. US 1963
24. Silverthorne Lumber Co. vs. US 1920
25. Nix vs. Williams 1984
26. United States vs. León 1984
27. US vs. Ceccolini 1978
28. Dunaway vs. New York 1979
29. Boyd vs US (1886)
30. Weeks vs US (1914)
31. US vs. Calandra (1974)
32. Stone vs. Powell, 428 EEUU. 465 (1976)
33. Weeks vs US (1914)
34. Nardone vs. United States (1939)
35. Nix vs Williams (1984)
36. Construction v. Colón Carlo, 141 D.P.R. 424 (1996)
37. Pueblo v. RDT Construction (28.08.1996) TS. P.Rico.
38. Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967)
39. Pueblo v. Loubriel Serrano (16-1-2003) TS. P.Rico.
40. Pueblo v. Valenzuela Morel, 2003 T.S.P.R. 10
41. Pueblo v. Malavé, 120 D.P.R. 470 (1988)
42. Pueblo v. Dolce, 105 D.P.R. 422 (1976)
43. Puerto Rico Telephone Co. v. Martínez, 114 D.P.R. 328 (1983)

44. U.S. v. Miller, 425 U.S. 435 (1976)
45. Pueblo v. Serrano Cancel, 148 D.P.R. 173 (1999)
46. Brown v. Illinois, 422 EEUU. 590(1975)
47. Murray v. U.S., 487 U.S. 533 (1988)
48. Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)
49. U.S. v. Rullo, 748 F. Supp. 36 (1990)
50. U.S. v. Ceccolini, 435 U.S. 268 (1974)
51. Massachusetts vs. Sheppard, 468 EEUU. 981(1984)
52. WONG SUN-vs. EEUU. 1963
53. Brewer vs. Williams, U.S. vs. Ceccolini, 430 EEUU. 387(1977)
54. United States v. Morrison, 429 U.S. 1 (1976)
55. United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975)
56. Graver Tank & Mfg. Co., Inc. v. Linde, 336 U.S. 271 (1949)
57. Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976)
58. United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)
59. Walder v. United States, 347 U.S. 62 (1954)
60. Alderman v. United States, 394 U.S. 165 (1969)
61. Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)
62. United States v. Bayer, 331 U.S. 532 (1947)
63. Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974)
64. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966)
65. McGuire v. United States, 273 U.S. 95 (1927)
66. United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976)
67. Gregg Cartage & Storage Co. v. United States, 316 U.S. 74 (1942)
68. Steward Mach. Co. v. Collector, 301 U.S. 548 (1937)

69. Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971)
70. Harrison v. United States, 392 U.S. 219 (1968).
71. *Berghuis v. Thompkins* 1 de Junio de 2010.

SENTENCIAS CITADAS DE ESPAÑA

CAPITULO SEGUNDO Y TERCERO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Y

TRIBUNAL SUPREMO

1. STC 15/82 de 18 de mayo.
 2. STC 254/93 de 20 de julio.
 3. STC 66/85 de 23 de mayo
 4. STC 110/88 de 8 de junio
 5. STC 23/88 de 22 de febrero
 6. STC 69/84 de 11 de junio
 7. STC 1/89 de 16 de enero
 8. STC 32/89 de 13 de febrero
 9. STC 34/89 de 14 de febrero
 10. STC 183/00 de 10 de julio
 11. STC 53/85 de 11 de abril
-

12. STC 129/89 de 17 de julio
 13. STC 181/00 de 29 de junio
 14. STC 170/87 de 30 de octubre
 15. STC 290/00 de 30 de noviembre
 16. STC 186/00 de 10 de julio
 17. STC 204/00 de 24 de julio
 18. STC 267/00 de 13 de noviembre
 19. STC 33/00 de 14 de febrero
 20. STC 35/00 de 14 de febrero
 21. STC 221/00 de 18 de septiembre
 22. STC 3/91 de 14 de enero
 23. STC 233/93 de 10 de diciembre
 24. STC 60/95 de 17 de marzo
 25. STC 70/00 de 13 de marzo
 26. STC 206/97 de 27 de diciembre
 27. STC 136/96 de 23 de julio
 28. STC 106/88 de 8 de junio
 29. STC 108/88 de 8 de junio
 30. STC 64/91 de 22 de marzo
 31. STC 123/97 de 1 de julio
 32. STC 147/99 de 4 de agosto
 33. STC 265/94 de 3 de octubre
 34. STC 292/00 de 30 de noviembre
 35. STC 130/95 de 11 de septiembre
 36. STC 99/85 de 30 de septiembre
-

37. STC 107/84 de 23 de noviembre
 38. STC 115/87 de 7 de julio
 39. STC 94/93 de 22 de marzo
 40. STC 214/91 de 11 de noviembre
 41. STC 137/85 de 17 de octubre
 42. STC 183/1995 11 de diciembre
 43. STC 26/87 de 27 de febrero
 44. STC 106/90 de 6 junio
 45. STC 237/00 16 de octubre
 46. STC 34/81 de 10 de noviembre
 47. STC 25/99 de 8 de marzo
 48. STC 2/91 de 14 de enero
 49. STC 185/96 de 25 de noviembre
 50. STC 169/01 de 16 de julio
 51. STC 134/91 de 17 de junio
 52. STC 144/88 de 12 de julio
 53. STC 68/91 de 8 de abril
 54. STC 100/89 de 5 de junio
 55. STC 23/89 de 2 de febrero
 56. STC 117/98 de 2 de junio
 57. STC 158/93 de 6 de mayo
 58. STC 166/86 de 19 de diciembre
 59. STC 6/91 de 15 de enero
 60. STC 81/82 de 21 de diciembre
 61. STC 207/87 de 22 de diciembre
-

62. STC 166/88 de 26 de septiembre
63. STC 145/91 de 1 de julio
64. STC 216/91 de 14 de noviembre
65. STC 229/92 de 14 de diciembre
66. STC 103/83 de 22 de noviembre
67. STC 126/97 de 3 de julio
68. STC 126/86 de 22 de octubre
69. STC 13/01 de 29 de enero
70. STC 63/93 de 1 de marzo
71. STC 67/98 de 18 de marzo
72. STC 84/98 de 20 de abril
73. STC 128/87 de 16 de julio
74. STC 45/89 de 20 de febrero
75. STC 90/95 de 9 de junio
76. STC 134/96 de 22 de julio
77. STC 82/97 de 22 de abril
78. STC 293/93 de 18 de octubre
79. STC 38/81 de 23 de noviembre
80. STC 03/83 de 16 de enero
81. STC 315/94 de 28 de noviembre
82. STC 128/87 de 16 de julio
83. STC 46/00 de 17 de febrero
84. STC 128/87 de 16 de julio
85. STC 269/94 de 3 de octubre
86. STC 229/92 de 14 de diciembre
-

87. STC 3/93 de 14 de enero
 88. STC 216/91 de 14 de noviembre
 89. STC 28/92 de 9 de marzo
 90. STC 269/94 de 3 de octubre
 91. STC 109/93 de 25 de marzo
 92. STC 28/92 de 9 de marzo
 93. STC 104/86 de 17 de julio
 94. STC 159/87 de 26 de octubre
 95. STC 51/89 de 22 de febrero
 96. STC 185/89 de 13 de noviembre
 97. STC 107/88 de 8 de junio
 98. STC 65/91 de 2 de marzo
 99. STC 20/92 de 14 de febrero
 100. STC 15/93 de 18 de enero
 101. STC 117/94 de 25 de abril
 102. STC 104/86 de 17 de junio
 103. STC 185/89 de 13 de noviembre
 104. STC 223/92 de 14 de diciembre
 105. STC 209/88 de 10 de noviembre
 106. STC 57/94 de 28 de febrero
 107. STC 231/88 de 2 de diciembre
 108. STC 137/85 de 17 de octubre
 109. STC 81/01 de 26 de marzo
 110. STC 139/01 de 18 de junio
 111. STC 156/01 de 2 de julio
-

112. STC 99/94 de 11 de abril
 113. STC 117/94 de 25 de abril
 114. STC 231/88 de 2 de diciembre
 115. STC 94/99 de 31 de mayo
 116. STC 22/84 de 17 de febrero
 117. STC 139/99 de 222 de julio
 118. STC 239/99 de 20 de diciembre
 119. STC 341/93 de 18 de noviembre
 120. STC 160/91 de 18 de julio
 121. STC 14/01 de 29 de enero
 122. STC 137/85 de 17 de octubre
 123. STC 69/99 de 26 de abril
 124. STC 114/84 de 29 de noviembre
 125. STC 85/94 de 14 de marzo
 126. STC 49/99 de 5 de abril
 127. STC 166/99 de 27 de septiembre
 128. STC 171/99 de 27 de septiembre
 129. STC 188/99 de 25 de octubre
 130. STC 236/99 de 20 de diciembre
 131. STC 237/99 de 20 de diciembre
 132. STC 238/99 de 20 de diciembre
 133. STC 202/01 de 15 de octubre
 134. STC 8/00 de 17 de enero
 135. STC 136/00 de 29 de mayo
 136. STC 14/01 de 19 de enero
-

137. STC 9/82 de 10 de marzo
 138. STC 46/82 de 12 de julio
 139. STC 99/85 de 30 de septiembre
 140. STC 19/83 de 14 de marzo
 141. STC 66/88 de 14 de abril
 142. STC 100/93 de 22 de marzo
 143. STC 53/83 de 20 de junio
 144. STC 241/92 de 21 de diciembre
 145. STC 163/89 de 16 de octubre
 146. STC 48/84 de 4 de abril
 147. STC 149/86 de 26 de noviembre
 148. STC 46/86 de 21 de abril
 149. STC 26/83 de 13 de abril
 150. STC 117/87 de 8 de julio
 151. STC 47/89 de 21 de febrero
 152. STC 220/93 de 30 de junio
 153. STC 57/85 de 29 de abril
 154. STC 115/84 de 3 de diciembre
 155. STC 80/96 de 20 de mayo
 156. STC 30/95 de 6 de febrero
 157. STC 36/87 de 25 de marzo
 158. STC 141/89 de 20 de julio
 159. STC 219/99 de 29 de noviembre
 160. STC 195/90 de 29 de noviembre
 161. STC 232/00 de 2 de octubre
-

162. STC 80/96 de 20 de mayo
 163. STC 29/97 de 24 de febrero
 164. STC 65/00 de 13 de marzo
 165. STC 161/89 de 16 de octubre
 166. STC 26/99 de 8 de marzo
 167. STC 32/96 de 27 de febrero
 168. STC 101/97 de 20 de mayo
 169. STC 22/94 de 27 de enero
 170. STC 57/97 de 18 de marzo
 171. STC 101/86 de 15 de julio
 172. STC 184/92 de 16 de noviembre
 173. STC 107/94 de 11 de abril
 174. STC 14/91 de 28 de enero
 175. STC 109/92 de 14 de septiembre
 176. STC 186/95 de 14 de diciembre
 177. STC 67/01 de 17 de marzo
 178. STC 4/94 de 17 de enero
 179. STC 87/94 de 14 de marzo
 180. STC 112/94 de 11 de abril
 181. STC 109/87 de 29 de junio
 182. STC 15/87 de 11 de febrero
 183. STC 91/88 de 20 de mayo
 184. STC 45/93 de 8 de febrero
 185. STC 135/94 de 9 de mayo
 186. STC 33/87 de 12 de marzo
-

187. STC 47/83 de 31 de mayo
 188. STC 68/01 de 17 de marzo
 189. STC 69/01 de 17 de marzo
 190. STC 47/83 de 31 de mayo
 191. STC 23/86 de 14 de febrero
 192. STC 145/88 de 12 de julio
 193. STC 180/91 de 23 de septiembre
 194. STC 29/95 de 6 de febrero
 195. STC 47/87 de 22 de abril
 196. STC 196/87 de 11 de diciembre
 197. STC 179/91 de 19 de septiembre
 198. STC 51/96 de 26 de marzo
 199. STC 9/1982 de 10 de marzo
 200. STC 56/94 de 24 de febrero
 201. STC 57/87 de 18 de mayo
 202. STC 100/92 de 25 de junio
 203. STC 6/87 de 28 de enero
 204. STC 151/96 de 30 de septiembre
 205. STC 71/96 de 24 de abril
 206. STC 96/87 de 10 de junio
 207. STC 13/85 de 31 de enero
 208. STC 176/88 de 4 de octubre
 209. STC 24/81 de 14 de julio
 210. STC 5/85 de 23 de enero
 211. STC 133/88 de 4 de julio
-

212. STC 73/92 de 13 de mayo
 213. STC 276/00 de 16 de noviembre
 214. STC 52/89 de 22 de febrero
 215. STC 217/98 de 16 de noviembre
 216. STC 45/00 de 14 de febrero
 217. STC 211/00 de 18 de septiembre
 218. STC 36/83 de 11 de mayo
 219. STC 127/92 de 28 de septiembre
 220. STC 197/95 de 21 de diciembre
 221. STC 127/00 de 16 de mayo
 222. STC 153/97 de 29 septiembre
 223. STC 45/97 de 11 de marzo
 224. STC 31/81 de 28 de julio
 225. STC 109/86 de 24 de septiembre
 226. STC 126/86 de 22 de octubre
 227. STC 17/84 de 7 de febrero
 228. STC 174/85 de 17 de diciembre
 229. STC 6/1987 de 28 de enero
 230. STC 209/88 de 10 de noviembre
 231. STC 94/90 de 23 de mayo
 232. STC 31/81 de 28 de julio
 233. STC 175/85 de 17 de diciembre
 234. STC 127/90 de 5 de julio
 235. STC 181/95 de 11 de diciembre
 236. STC 49/96 de 26 de marzo
-

237. STC 127/96 de 9 de julio
 238. STC 213/82 de 9 de junio
 239. ATC 683/84 de 14 de noviembre
 240. STC 8/88 de 22 de enero
 241. STC 81/88 de 28 de abril
 242. STC 52/89 de 22 de febrero
 243. STC 276/00 de 27 de noviembre
 244. STC 133/87 de 21 de julio
 245. STC 123/01 de 4 de junio
 246. STC 124/01 de 4 de junio de 2001
 247. STC 125/01 de 4 de junio de 2001
 248. STC 126/01 de 4 de junio de 2001
 249. STC 127/01 de 4 de junio
 250. STC 42/87 de 7 de abril
 251. STC 8/81 de 30 de marzo
 252. STC 131/86 de 29 de octubre
 253. STC 2/81 de 30 de enero
 254. STC 77/83 de 3 de octubre
 255. STC 66/86 de 23 de mayo
 256. STC 94/86 de 8 de julio
 257. STC 35/90 de 1 de marzo
 258. STC 154/90 de 15 de octubre
 259. STC 152/01 de 2 de julio
 260. STC 89/83 de 2 de noviembre
 261. STC 159/86 de 16 de diciembre
-

262. STC 182/90 de 15 de noviembre
 263. STC 75/84 de 27 de junio
 264. STC 150/91 de 4 de julio
 265. STC 55/96 de 28 de marzo
 266. STC 136/99 de 20 de julio
 267. STC 15/81 de 7 de mayo
 268. STC 25/84 de 23 de febrero
 269. STC 140/86 de 11 de noviembre
 270. STC 2/87 de 21 de enero
 271. STC 42/87 de 7 de abril
 272. STC 145/95 de 3 de octubre
 273. STC 184/95 de 12 de diciembre
 274. STC 116/99 de 17 de junio
 275. STC 120/90 de 27 de junio
 276. STC 137/90 de 19 de julio
 277. STC 57/94 de 28 de febrero
 278. STC 207/96 de 16 de diciembre
 279. STC 215/94 de 14 de julio
 280. STC 147/00 de 12 de junio
 281. STC 288/00 de 11 de diciembre
 282. STC 174/99 de 27 de septiembre
 283. STC 341/93 de 18 de noviembre
 284. STC 107/85 de 7 de octubre
 285. STC 22/88 de 18 de febrero
 286. STC 2/94 de 17 de enero
-

287. STC 14/00 de 17 de enero
 288. STC 165/00 de 28 de junio
 289. STC 33/99 de 8 de marzo
 290. STC 47/00 de 17 de febrero
 291. STC 19/99 de 22 de febrero
 292. STC 231/00 de 2 de octubre
 293. STC 71/00 de 13 de marzo
 294. STC 72/00 de 13 de marzo
 295. STC 127/84 de 26 de diciembre
 296. STC 161/99 de 27 de septiembre
 297. STC 188/91 de 3 de octubre
 298. STC 31/85 de 5 de marzo
 299. STC 174/99 de 27 de septiembre
 300. STC 232/99 de 13 de diciembre
 301. STC 208/00 de 24 de julio
 302. STC 209/00 de 24 de julio
 303. STC 94/93 de 22 de marzo
 304. STC 242/94 de 20 de julio
 305. STC 59/90 de 29 de marzo
 306. STC 160/91 de 18 de julio
 307. STC 90/95 de 9 de junio
 308. STC 28/99 de 8 de marzo
 309. STC 301/93 de 21 de octubre
 310. STC 150/1987 de 1 de octubre
 311. STC 80/1991 de 15 de abril
-

312. STC 86/1995 de 6 de junio
 313. STS 20/96 de 12 de febrero
 314. AUTO TS 18 Junio de 1992
 315. STS 19 de marzo de 1994
 316. Auto STS de 16 de noviembre de 1994.
 317. SSTEDH 2 de agosto de 1984
 318. SSTEDH 4 de abril de 1990
 319. STC 85/1992 de 30 de marzo
 320. STC 113/1989 de 22 de junio
 321. STS 12 enero de 1995
 322. STC. 26/1981 de 17 de julio
 323. STC 62/1982 de 15 de octubre
 324. STC 37/1989 de 15 de febrero
 325. STC 85/1994 de 14 de marzo
 326. STC. 41/1998 de 24 de febrero
 327. STS 4 febrero 1994
 328. SSTEDH., caso Klass, de 6 de septiembre 1978
 329. SSTEDH, caso Malone, de 27 octubre 1983
 330. SSTEDH contra la RFA, núm. 8290/1978
 331. STC 309/1994 de 21 de noviembre
 332. STC 190/1992 de 16 de noviembre
 333. STC 10 de diciembre de 1983
 334. STC 135/1989 de 19 de julio
 335. STC 186/1990 de 15 de noviembre
 336. STC 128/93 de 19 de abril
-

337. STC 129/93 de 19 de abril
 338. STC 273/93 de 20 de septiembre
 339. STC. 80/86 de 17 de junio
 340. STC 81/1998 de 2 de abril
 341. STC 114/1984 de 29 de noviembre
 342. STS. 23 de Enero 1995
 343. STS 7 julio de 1995
 344. STC 121/1998 de 15 de junio
 345. STC 171/99 de 27 de septiembre
 346. STC 64/86 de 21 de mayo
 347. STS de 5 de Junio de 1995
 348. STS 210/1992 de 7 de febrero
 349. STS 2783/1993 de 13 de diciembre
 350. STS 311/1994 de 19 de febrero
 351. STS 2054/1994 de 26 de noviembre
 352. STS 298/1994 de 18 de febrero
 353. STS de 9 de abril de 1992
 354. STS de 20 de mayo
 355. STS de 24 de octubre de 1994
 356. STS de 24 de Enero de 1998
 357. STS 210/1992 de 7 de febrero
 358. STS 2783/1993 de 13 de diciembre
 359. STS 311/1994 de 19 de febrero
 360. STS 2054/1994 de 26 de noviembre
 361. STS 298/1994 de 7 de febrero
-

362. STS 2054/1994 de 26 de noviembre
 363. STS 725/1995 de 5 de junio
 364. STS 499/1997 de 18 de abril
 365. STS 46/1995 de 6 octubre
 366. STS de 7 julio 1995
 367. STS 29 de abril de 1997
 368. STS 10 de mayo de 1995.
-