

LA PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS EXCEPCIONES

THE ILLEGAL EVIDENCE AGAINST FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR EXCEPTIONS

M.^a CINTA COSTA TORNÉ

Máster en Derechos Fundamentales
Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Castellón
Profesora de Formación y Orientación Laboral
Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza

Resumen: En este artículo se pretende hacer un breve estudio de la ilicitud de la prueba y de las consecuencias jurídicas que ello conlleva, así como de las excepciones a dicha ilicitud.

La sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, introdujo en nuestro sistema legal la prohibición de utilizar pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Consecuencia de esta sentencia fue el artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe expresamente la valoración de dichas pruebas, que puedan surtir efectos en el proceso y sirvan para basar en ellas una sentencia condenatoria.

No obstante esta regla de exclusión de la prueba ilícita, el riesgo de admitir una prueba obtenida habiéndose vulnerado derechos fundamentales está presente en nuestro proceso a través de las cada vez más frecuentes excepciones, apreciadas por los Tribunales, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, que permiten que una prueba ilícitamente obtenida, se llegue a valorarse para que determinados delitos no queden impunes.

Abstract: *This report is a brief study of the illegality of the evidence and its legal consequences, as well as the exceptions to that illegality.*

The sentence of the Constitutional Court 114/1984, 29th November, introduced in our legal system the prohibition on using evidence obtained violating fundamental rights. According to that sentence Article 11.1 LOPJ prohibit expressly assessment of such evidence that can have an impact on the process and serve them to base a conviction.

However this rule of exclusion of illegal evidence, the risk of admitting obtained evidence having violated fundamental rights is present in our laws, through increasingly frequent exceptions, appreciated by both the Supreme Court and the Constitutional Court, which allow that an illegally obtained evidence, could be valuable for certain crimes not to go unpunished.

Palabras clave: Secreto de las comunicaciones, derechos Fundamentales, prueba ilícita, excepciones a la ilicitud de la prueba.

Keywords: *Secrecy of communications, fundamental right, illegal evidence, exceptions to the illegality of the evidence.*

Recepción original: 20/08/2012

Aceptación original: 23/08/2012

Sumario: I. Introducción; II. Ilicitud de la prueba; II.1. Fundamento de la ilicitud; II.2. Conexión de antijuridicidad de las pruebas; III. Excepciones a la prueba ilícita; III.1. Confesión voluntaria del imputado; III.2. Excepción de la buena fe en la actuación policial; III.3. Excepción del descubrimiento inevitable; IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad procesal que desarrollan las partes y el Juez o tribunal, a través de la prueba, va dirigida a formar la convicción de este último sobre la realidad de los hechos que son sometidos a la decisión del órgano jurisdiccional como objeto del proceso. Su finalidad es lograr el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en los escritos de calificación. Por lo tanto esta actividad está sujeta a tres requisitos.¹ El primero, la **Legalidad**, es decir de sumisión a una ordenación que afecta y condiciona su procedencia y eficacia. En principio solo

¹ Urbano Castillo, E y Torres Morato, M.A.: *La prueba ilícita penal*, ed. Thomson, Aranzadi, Navarra 2003, pág 33. Miranda Estrampes, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, ed. Bosch, Barcelona 1997, pág. 15 y ss.

se admiten las pruebas que se practican en el juicio oral, pero caben excepciones como las diligencias sumariales². El segundo, la **Licitud**, esto es idoneidad, de modo que solo caben aquellas pruebas que se han obtenido con medios lícitos y no vulnerando los derechos fundamentales y libertades públicas art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Y, el tercero, la **Suficiencia**, se exige una mínima actividad probatoria con todas las garantías judiciales, para que no se desvirtúe la presunción de inocencia³.

Por lo tanto uno de los requisitos básicos de la actividad probatoria es la LICITUD, lo que implica que las pruebas en las que se funde la acusación y la defensa deben ser lícitas y no ser contrarias ni vulnerar los derechos garantizados por la Constitución Española (en adelante CE) en los artículos 14-29.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) abordó este tema con la sentencia 114/84, de 29 de noviembre, donde reconocía la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, basándose, para ello, en la posición preeminente que los derechos fundamentales tienen en nuestro ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables⁴. El problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, afirma el TC, se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso. Continúa diciendo el TC que si la ilicitud probatoria se diera y si existiera una regla que impusiera su eficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio podría afectar a los derechos fundamentales siguientes: en primer lugar al derecho al proceso con todas las garantías⁵ debido a que constata-

² Asencio Mellado, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ed. Trivium S.A. Campomanes 1989, pág. 82.

³ Jiménez Asenjo, E.: *Derecho Procesal Penal*, volumen I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1961, pág. 21.

⁴ Miranda Estrampes, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el Proceso penal*, ed. Bosch, Barcelona 2004, pág. 125.

⁵ Art. 24.2 CE.

da la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso y, en segundo lugar al principio de igualdad entre las partes⁶, puesto que esa vulneración conlleva una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales del otro⁷.

Por tanto, concluye el TC, resulta imposible que sea admitida en el proceso, en cualquier proceso, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental, una garantía institucional o una libertad pública del imputado o acusado⁸, sentándose como doctrina que «el concepto de medios de prueba pertinentes que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido⁹».

Posteriormente esta doctrina fue recogida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹⁰ que establece que: «*No surtirán efecto las pruebas obtenidas violentado, directa o indirectamente, los derechos y libertades fundamentales*», de manera que se impide que éstas puedan producir un efecto probatorio contrario a lo garantizado por la CE¹¹.

En principio, la redacción dada al artículo 11.1 LOPJ parece no admitir excepciones, por lo que una vez se haya constatado que para la obtención de la prueba se ha violado un derecho fundamental, ésta debe ser eliminada del proceso sin posibilidad de su valoración y del mismo modo deberán eliminarse todas aquellas pruebas que se deriven de la misma.

Sin embargo, pese a esta redacción, la regla de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta, ya que los mismos tribunales, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han introducido

⁶ Art. 14 CE.

⁷ STC 114/84 de 29 de noviembre, FJ 5.

⁸ STC 114/84 de 29 de noviembre, FJ 4.

⁹ STC 114/84 de 29 de noviembre, FJ 5.

¹⁰ Art. 11.1 LOPJ.

¹¹ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ed. Cívitas, Madrid 2001, pág. 20. Velasco Núñez, E.: *La prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: Correcciones actuales y tendencias de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial n.º 12, Madrid 1996, pág. 460-461.

excepciones a la misma admitiendo pruebas ilícitas para tratar de evitar la impunidad de ciertos delitos y proteger el proceso penal de posibles fallos en la investigación que podrían llevar a una absolución del imputado. Por ello se admiten como excepciones: la confesión voluntaria del imputado sobre hechos que se conocieron gracias a la violación de un derecho fundamental, la buena fe en la actuación policial cuando la misma actúa con total respeto a los derechos fundamentales y la excepción del llamado descubrimiento inevitable.

II. LA ILICITUD DE LA PRUEBA

Como ya se ha dicho, prueba ilícita es la obtenida o practicada con la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado infringiendo un derecho fundamental. También se ha indicado ya que esta ilicitud se recoge en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que: «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 y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos»¹² y, más adelante afirma que «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»¹³.

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica, en relación a la ilicitud de la prueba, que: «cuando algunas de las partes entendieran que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá que alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes»¹⁴.

El precepto 11.1 de la LOPJ supone que toda prueba que se obtenga con violación de un derecho fundamental ha de ser considerada nula y, por tanto, su valoración, apreciación o toma en consideración vedada o, lo que es lo mismo, en ningún caso los Tribunales podrán tenerla en cuenta para basar en ella una sentencia condenatoria¹⁵.

Por el contrario, cuando la infracción no afecta a tales derechos, la doctrina constitucional considera que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba

¹² Art. 7.1 LOPJ.

¹³ Art. 11.1 LOPJ.

¹⁴ Art. 287 L.E.Crim.

¹⁵ STC 81/98, de 2 de abril.

conduce necesariamente a negarle valor probatorio, pues el efecto expansivo del artículo 11.1 no se extiende 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 de la CE, pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal¹⁶. La prueba ilícita únicamente puede circunscribirse a la vulneración de un derecho fundamental (arts. 15 a 29 de la C.E.) así como el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E., que son susceptibles de recurso de amparo constitucional, por tanto hay prueba ilícita cuando existe lesión de un derecho fundamental, pero no siempre que un derecho fundamental resultado menoscabado en una actuación probatoria cabe hablar de la ilicitud del art. 11.1 de la LOPJ. Ello es debido a que hace falta otro elemento aparte del binomio actividad probatoria/menoscabo de derecho fundamental como es un nexo de causalidad o también llamada conexión de antijuricidad entre ambos¹⁷.

II.1. Fundamento de la ilicitud

Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, es decir, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales¹⁸. Como se dice en la STC 49/1996: «una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas... se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria. Al no proceder así la Audiencia Provincial de Barcelona y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resultó violado el derecho a la presunción de inocencia del peticionario de amparo» (FJ 5).

¹⁶ Art. 24.2 CE.

¹⁷ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit., pág. 22. Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: «¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?», ed. La Ley, núm. 445, de 24 de diciembre de 1997. Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba lícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 25 a 27.

¹⁸ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril.

Recientemente el TC ha reiterado la doctrina contenida en la sentencia antes mencionada afirmando que: «la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida hace referencia exclusiva a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho o libertad fundamental». En efecto, «desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, este Tribunal ha afirmado la prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales a través de una abundantísima serie de pronunciamientos que han declarado, en esencia, que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales¹⁹. La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984, antes citada, 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 CE) 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»²⁰.

Si se valoraran las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales o las pruebas obtenidas como consecuencia de dicha vulneración, podrían verse lesionados otros derechos fundamentales como el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia, aunque el TC puntualiza que: «ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero si existen otras pruebas 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»²¹.

¹⁹ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 107/1985, de 7 de octubre; 64/1986, de 21 de mayo; 80/1991, de 15 de abril; 85/1994, de 14 de marzo; 181/1995, de 11 de diciembre; 49/1996, de 26 de marzo; 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril.

²⁰ STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26; 111/2011, de 4 de julio, FJ 4.

²¹ STC 81/1998 de 2 de abril, FJ 3.

Por su parte el Tribunal Supremo (en adelante TS)²² ha establecido que «nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el Derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14 de la Constitución y con el artículo 11.1 de la LOPJ)²³. De modo que en ese caso «todo ello conduce a la declaración de nulidad de las pruebas y, como tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras que traen causa directa o indirecta de las mismas, en los términos ya establecidos en los anteriores razonamientos jurídicos²⁴».

Finalmente el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

En uno de sus primeros pronunciamientos, el Tribunal²⁵ debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del Estado suizo demandado.

Según el Alto Tribunal, únicamente le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. Concluye que la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determina una vulneración del derecho a un proceso justo, sino que para decidir sobre la eventual violación de las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho habrá que examinar el proceso penal en su conjunto. Asimismo el TEDH descarta que se hubiera infringido el derecho de defensa, toda vez que el demandante no ignoraba que la grabación era ilegal al no haber sido decretada por un Juez competente, además tuvo la posibilidad de impugnar su autenticidad y de impugnar su uso, y principalmente por el hecho de

²² Auto de 18 de junio de 1992, FJ 4.

²³ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit. págs. 29 a 31.

²⁴ Auto TS de 18 de junio de 1992, FJ 10; STS 4 de marzo de 1997, FJ 2.

²⁵ STEDH 12 de julio de 1988, caso Schenk contra Suiza.

que la grabación no fue la única prueba en la que el Tribunal fundó su condena.

El Tribunal optó en la sentencia por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión. El Tribunal desestimó las alegaciones del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio. El Tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, sólo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo²⁶.

De lo expuesto, lo verdaderamente relevante de la sentencia es destacar que el TEDH no descarta que en algunos casos la forma de obtención de las pruebas inculcatorias pueda tener incidencia directa en un proceso justo implicando una vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6²⁷.

II.2. Conexión de antijuridicidad de las pruebas

La doctrina predominante, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, entiende que el criterio que define la relación entre la prueba ilícita y las restantes pruebas de cargo es lo que denominan la conexión de antijuridicidad.

Para poder apreciar si existe o no la referida conexión de antijuridicidad, se hace necesario atender a la posible independencia de la prueba derivada respecto de la ilícita, es decir, si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de ésta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la denominada conexión de antijuridicidad y por tanto dicha prueba derivada quedará afectada por la ilicitud. Por el contrario, si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido esta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no haber quedado contaminada por la ilicitud²⁸.

²⁶ Urbano Castrillo, E. y Torres Morato, M. Á.: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 36 a 38.

²⁷ STEDH 12.05.2000 caso Khan vs Reino Unido.

²⁸ STC 81/1998, de 21 de abril, 171/1999, de 11 de noviembre, 50/2000, de 28 de febrero, 259/2005, de 30 de octubre.

Juanes Peces, A.: «*La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal*

Atendiendo a lo expuesto, es preciso, por tanto, que al adoptar una medida que afecte a los derechos fundamentales, se tenga presente que las consecuencias jurídicas de una posterior declaración de ilicitud de la misma puede llevar incluso a la nulidad de todo lo actuado. Por esta razón se hace necesaria una especial motivación de la misma y un especial cuidado y esmero en su adopción, huyendo en la medida de lo posible de plantillas y formularios, y en caso de que se utilicen éstos, adaptarlos de tal manera que permitan espacios en los que se apunten las circunstancias del caso concreto, el análisis de las sospechas fundadas de la unidad policial solicitante de la medida, y, en su caso, el juicio de ponderación²⁹.

La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración de los derechos fundamentales existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador de los derechos fundamentales se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia³⁰.

Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas³¹.

Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia», Actualidad Aranzadi, núm. 353, julio 1998, págs. 1-4.

Muerza Esparza, J. J.: «Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 998/81))», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Volumen IV, Parte Estudio, Pamplona, 1998, págs. 1 a 5.

²⁹ STS 1690/2003, de 15 de diciembre, y la STS 330/2003, de 10 de marzo.

³⁰ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 32 y 33.

³¹ SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 171/1999, 136/2000, 28/2002, 167/2002, 261/2005, y 66/2009. Martínez García, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2003, págs. 95 a 103.

La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental. Por ello, 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)»³².

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad el Tribunal Constitucional estableció³³ una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Y, en segundo lugar, una perspectiva externa, que contempla las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad que el derecho fundamental exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba derivada o 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 dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo³⁴.

La valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma, un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios, limitándose el control del TC a la comprobación de la razonabilidad del mismo³⁵.

³² STS 1005/2010 de 11 de noviembre; SSTC 184/2003, de 23 de octubre; 22/2003, de 10 de febrero, y 66/2009, de 9 de marzo.

³³ STC 81/1998 de 2 de abril.

³⁴ SSTC 81/1998, 121/1998, 49/1999, 94/1999, 166/1999, 171/1999, 136/2000, 259/2005, FJ 7; y 66/2009, FJ 4.

Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 129 y 130.

³⁵ STC 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7; STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 4.

III. EXCEPCIONES A LA PRUEBA ILÍCITA

Como se ha indicado, estas excepciones tratan de evitar la impunidad y de proteger el proceso penal de posibles fallos en su investigación que podrían llevar a la absolución del imputado. Como pone de relieve el TS³⁶ «es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada “conexión de antijuridicidad” (...) pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1.º de la LOPJ , y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985».

El TC³⁷ en su sentencia 81/1998, ha limitado el ámbito de aplicación de la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, toda vez que tras la misma ya no se garantiza al ciudadano de antemano que todo el material derivado de la violación de un derecho fundamental quedará excluido de la causa, sino que ahora dependerá de un triple factor o test: de la gravedad de la violación, el resultado obtenido y la eficacia disuasoria que sobre los poderes públicos pueda tener tal transgresión, de forma que ese material ilícito puede llegar a ser introducido en el proceso³⁸.

Especialmente críticos con la doctrina emanada de la STC 81/1998 se ha mostrado un sector de la doctrina³⁹ que considera muy positiva la primera parte que reconoce la existencia de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por el mero hecho de valorarse la prueba ilícita, con independencia de su trascendencia en el resultado del proceso, pero se critica la segunda parte, en la que incomprensiblemente el TC restringe la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita.

III.1. La confesión voluntaria del imputado

Se admite que la confesión voluntaria del acusado es idónea para fundamentar una sentencia de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho funda-

³⁶ STS de 18 de julio de 2002.

³⁷ STC 81/1998, de 2 de abril.

³⁸ Martínez García, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit., págs. 203 y 204.

³⁹ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit., págs. 103 a 105.

mental, es decir, se permite, con la confesión voluntaria del imputado, romper la conexión entre la prueba ilícita y la derivada.

Esta excepción recuerda la doctrina establecida por el TS norteamericano en el caso *Oregon vs Elstast*, 470 US (1985) en la cual si bien no se admitió la validez de la primera confesión del detenido practicada sin haber sido informado de su derecho a mantener silencio conforme a lo exigido en las reglas Miranda, se admitió la validez de una nueva confesión realizada con posterioridad tras la información de sus derechos por la policía⁴⁰.

En nuestro país, la primera resolución en que el TC⁴¹ trató esta cuestión, se juzgaba al imputado por hallarse en posesión de un bolso que llevaba en el coche que contenía 25 kgs. de hachís, y esta información que había sido obtenida como consecuencia de una escucha telefónica, que posteriormente fue declarada conculcadora del derecho al secreto de las comunicaciones.

La defensa del recurrente alegaba la imposibilidad (prohibición) de tener en consideración por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ la primera declaración de su representado ante la Guardia Civil en la que había reconocido todos y cada uno de los hechos que se le imputaban toda vez que el mismo careció de asistencia letrada, a pesar de que su posterior declaración ante el Juez mantuvo el sentido de su anterior declaración.

Ante dicha situación el Alto Tribunal no niega la existencia de relación de causalidad entre la información obtenida de la escucha ilegal y la detención del imputado en posesión de la droga, definiendo la confesión como evidencia derivativa pero niega que la misma quede viciada por la ilegalidad original. Para llegar a tal conclusión, el TC lo hace principalmente teniendo en consideración un factor más bien psicológico como es la espontaneidad de la confesión, esto es, la tendencia que tienen muchas personas a no guardar silencio ante una acusación contra su persona intentando dar una explicación más o menos convincente de lo acaecido o bien confesando los hechos ante las evidencias que se le exponen. El TC da valor probatorio a la confesión del imputado argumentando que «la valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos inculpativos puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito».

⁴⁰ Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 134.

⁴¹ STC 86/1995, de 6 de junio.

Recientemente el Tribunal Constitucional⁴² ha venido a clarificar la cuestión de la validez de la confesión derivada de una diligencia de prueba ilícita afirmando lo siguiente: «la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. 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; de otro lado, en que el respeto de dichas 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 y 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 justificaría su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental».

Hemos de recordar además que este Tribunal ha declarado la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, 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 tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida⁴³. En consecuencia, «las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando 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

⁴² STC 8/2000, de 17 de enero.

⁴³ Por todas STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.

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»⁴⁴.

Por lo tanto, la validez de la declaración dependerá de que se hayan respetado las garantías procesales y constitucionales de toda persona detenida y que se resumen, básicamente, el deber de hacerle las advertencias legales.

Respecto al TS⁴⁵, este tribunal ha admitido la posibilidad de utilizar la confesión voluntaria del imputado como única prueba para fundar una sentencia condenatoria ante la ilicitud de las restantes. Así aunque se hayan infringido las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre entrada y registro, tal irregularidad no contagia al resto de pruebas y datos que pudieran haberse acreditado en tal diligencia y admite la confesión basándose en la espontaneidad y voluntariedad de la declaración autoincriminatoria, no viendo obstáculo en establecer una desconexión causal entre la prueba ilícita y la confesión del acusado.

Actualmente, el criterio que se sigue es comprobar si el imputado debidamente informado participa libremente en aportar hechos incriminatorios, es decir, si confiesa libremente y debidamente asesorado⁴⁶. El TS⁴⁷ ha establecido al respecto que: «(...) un especial análisis de las condiciones en las que se produjo la confesión incriminatoria, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad auto determinada y no viciada»⁴⁸.

Esta misma sentencia niega la posibilidad de admitir efectos derivados de la confesión del imputado que afecten a otros coimputados. En ella se afirma que «en consecuencia, la excepción admitida para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, que debidamente asesorado y con plena consciencia de la ilegitimidad de la prueba decide, pese a ello, aceptar los hechos de forma voluntaria en el juicio oral, no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración para los coimputados que no confiesan los hechos, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede

⁴⁴ STC 184/2003, de 23 de noviembre, FJ 2.

⁴⁵ STS 1 de diciembre de 1995, RJ 8986/1995.

⁴⁶ Rodríguez Lainz, J. L.: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 60.

⁴⁷ STS 18.07.2002 , 2002/7997 FJ 7.

⁴⁸ Rodríguez Lainz, J. L.: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, op. cit., pág. 60.

ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito». Finalmente dicha resolución concluye que al basarse la condena en pruebas que se habían obtenido violentando derechos fundamentales las mismas no pueden surtir efecto alguno de conformidad con el art. 11.1 de la LOPJ.

Por su parte un sector doctrina que estimó que en realidad mediante la confesión se incorporaban al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos o conocidos mediante una actuación contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta forma el acto originario ilícito (prueba obtenida mediante violación de un derecho fundamental), incumpléndose de esta forma la prohibición de valoración consagrada en el art. 11.1 de la LOPJ.⁴⁹

Por tanto es necesario informar de sus derechos al imputado, así como la asistencia letrada. La jurisprudencia hace especial incidencia en la correlación entre la espontaneidad de la confesión del imputado y el control de no haberse producido irregularidades en su declaración, de tal modo que si la declaración se realiza respetando todas las garantías procesales y constitucionales, la ilicitud de la prueba originaria –piénsese en una escucha telefónica conculcadora del art. 18.3 C.E.– no podría, en un principio, alcanzar a la confesión como medio de prueba autónomo⁵⁰.

III.2. Excepción de la buena fe en la actuación policial

Según esta excepción, cuando la policía hubiere actuado de buena fe en el desarrollo de sus investigaciones y con total respeto a los derechos fundamentales, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito. El fundamento de dicha excepción estaría en la necesidad de estimular que las actua-

⁴⁹ Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., págs. 134 y 135.

⁵⁰ Martínez García, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit., págs. 212 y 213, que afirma que la simple confesión de un delito no es suficiente si no se tiene el indicio de la droga pues su cantidad también es determinante.

Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 137 según el cual en la mayoría de los casos, la confesión difícilmente acreditaría la concurrencia de todos los elementos integrantes del tipo penal objeto de imputación.

ciones de los agentes públicos respeten la Constitución, por tanto, cuando la actuación de los agentes públicos no tenía intención de desconocer o violar la Constitución o despreciar sus mandatos, si éstos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de la evidencia así obtenida⁵¹.

Esta excepción nace en el derecho norteamericano; la aprecia el TS de este país en el caso *Leon vs. United States*⁵², en el que la policía llevó a cabo un registro domiciliario actuando de conformidad con un mandamiento judicial que consideraba ajustado a derecho. Sin embargo, con posterioridad, un órgano judicial superior estimó que dicho mandamiento había vulnerado la IV Enmienda al haberse dictado sin concurrir causa probable. Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió la validez de las pruebas obtenidas en el registro al entender que los agentes de la autoridad habían actuado de buena fe (*good faith exception*), creyendo que su conducta se hallaba amparada por un mandamiento judicial legal. De ahí que en este caso no opere el efecto disuasorio que persigue la regla de exclusión (*exclusionary rule*) de evitar futuros comportamientos ilícitos de la policía.

Para un importante sector de la doctrina⁵³ resulta complicado trasladar esta excepción a nuestro ordenamiento jurídico atendiendo a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales; aceptar que la buena fe policial pueda llevarnos a admitir obtenciones ilícitas de pruebas que vulneren claramente los derechos fundamentales chocaría frontalmente con nuestro modelo de proceso.

⁵¹ Hernández García, J.: *Valor probatorio de la actividad investigadora de la policía judicial*. Revista Catalana de Seguridad Ciudadana, Barcelona, mayo 2010, pág. 100.

⁵² 468 US 897 (1984).

⁵³ Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ed. Bosch. Barcelona 2004, pág. 105: «Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de excepción de la buena fe».

Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, op. cit., pág. 82: Tras analizar la jurisprudencia norteamericana concluyeron que «con este planteamiento es lógico concluir que en nuestro país no cabe aceptar el juego del *deterrent effect* como un mecanismo que consienta crear excepciones a la garantía constitucional».

Martínez García, E.: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, op. cit., pág. 191: se opone al de que el error o la buena fe policial pueda llevarnos a admitir obtenciones ilícitas de pruebas que vulneren claramente derechos fundamentales puesto que ello supondría un choque frontal con nuestro modelo de proceso.

Rodríguez Lainz, J.L.: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, op. cit., pág. 46. sostiene que: «en puridad no debe calificarse como excepción sino más bien como un criterio».

El TC⁵⁴ reconoció esta excepción en un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido practicado con el consentimiento de la esposa, quien a su vez era denunciante, y en el que se halló un arma de fuego. El Tribunal estimó que se había producido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al considerar que el consentimiento prestado por la esposa no era válido, entre otros motivos por concurrir una situación de contraposición de intereses. El Tribunal, reconoció que la prueba había sido obtenida con vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pero admitió su valoración y eficacia en el proceso, sin aplicar la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, desestimando la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El Tribunal entendió que «el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución (...)». Continuó diciendo el Tribunal que «en casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado. Incluso, se llega a calificar a la regla de exclusión de la prueba, a semejanza de la concepción norteamericana, como «un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar». Concluye el Tribunal que, en este caso, «la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente».

Esta sentencia contiene un voto particular⁵⁵ muy crítico con el fallo en el que se afirma lo siguiente: «pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo pro-

⁵⁴ STS 22/2003 de 10 de febrero, FJ 10.

⁵⁵ Voto particular del Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez en la STC 22/2003 de 10 de febrero.

batorio en función de la idea de «proceso justo», sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial. Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías».

En mi opinión debería prevalecer la ilicitud de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, en tanto en cuanto el TC no fije una doctrina sobre la excepción de la buena fe que unifique criterios a la hora de su aplicación, ya que la importancia de aplicar esta excepción no puede dejarse a la libre interpretación de los Tribunales, dado que cada uno de ellos puede tener un criterio, con la consiguiente inseguridad jurídica que este hecho conllevaría. Por otro lado ya es muy costoso desvirtuar la declaración de la policía en la vista oral, ya que parten con la ventaja de la verdad absoluta, en el momento de prestar declaración sobre los hechos que se enjuician, sus manifestaciones tienen la presunción de veracidad, presunción que es muy difícil de desvirtuar a no ser que los agentes caigan en alguna contradicción muy evidente, hecho este que es muy difícil que suceda, ya que, en caso de duda, siempre se remiten al atestado policial, salvando, así posibles contradicciones en sus declaraciones. Por lo tanto, si es difícil desvirtuar la declaración de la policía, sería tarea casi imposible que se tuviera además que desvirtuar la excepción de la buena fe, desde mi punto de vista esto sería tarea hartamente difícil.

III.3. Excepción del descubrimiento inevitable

De acuerdo con esta excepción, no se excluiría una prueba derivada de otra ilícita o inconstitucional cuando al resultado probatorio de la primera se hubiera llegado inevitablemente por el curso normal de la investigación

Esta excepción fue apreciada por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Nix vs. Williams*⁵⁶, en el que durante un interrogatorio ilegal el acusado se declaró culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado el cadáver. El Tribunal excluyó la confesión ilegal del acusado, pero no el cuerpo de la víctima que se encontró como resultado del interrogatorio ilegal, ya que

⁵⁶ 467 US 431, 1984

éste habría sido encontrado inevitablemente pocas horas después del interrogatorio ilícito, porque la policía estaba buscando el cadáver en la misma zona en la que finalmente se halló.

Como apunta la doctrina, no hay que confundir la excepción del descubrimiento inevitable con el hallazgo casual. En este sentido VELASCO NÚÑEZ⁵⁷ dice que: «la limitación del descubrimiento inevitable precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, lo que nunca se da en lo que se encuentra por mero azar y casualidad».

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁵⁸, respecto a la excepción del descubrimiento inevitable sostiene que «se podrá utilizar la fuente de prueba obtenida, si se tiene la absoluta certeza de que ésta, sin necesidad de la anterior diligencia ilegítima, también se hubiera podido adquirir con base en el material de hecho preexistente en la instrucción antes de cometerse la infracción de referencia». También comparte esta opinión MARTÍNEZ GARCÍA⁵⁹ al afirmar que «tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión».

Por su parte, RODRÍGUEZ LAINZ⁶⁰ considera que el órgano judicial se enfrenta a la necesidad de realizar un juicio de valor, y, al mismo tiempo, de probabilidad, sobre si el resultado ilícitamente obtenido, con transgresión de derechos fundamentales, podría haberse obtenido igualmente de haber obrado el funcionario público responsable con una mayor diligencia en el respeto de los derechos fundamentales en conflicto. Según este autor, dicho juicio de valor debe superar el nivel de la mera probabilidad, ya que es la convicción de que el resultado (la prueba) habría podido obtenerse de haberse obrado lícitamente, la que permite excepcionar la regla de la exclusión.

MIRANDA ESTRAMPES⁶¹ afirma que esta excepción resulta inaceptable en nuestro procesal penal, porque se basa en simples

⁵⁷ Velasco Núñez, E.: *Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)*, Revista General del Derecho, núm. 624, Valencia, 1996, pág. 10.173.

⁵⁸ López-Fragoso Álvarez, T: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob. cit., pág. 97-98.

⁵⁹ Martínez García, E: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit., pág. 90.

⁶⁰ Rodríguez Lainz, J.L.: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., pág. 35.

⁶¹ Miranda Estrampes, M: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, op. cit., pag. 117, 128 y 129.

hipótesis, difícilmente compatibles con el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Por su parte, VELASCO NÚÑEZ⁶² pone de manifiesto sus dudas de constitucionalidad en la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

La excepción del descubrimiento inevitable ha sido reconocida por el TC⁶³, en un pronunciamiento sobre incautación de droga consecuencia de una intervención telefónica ilícita, entendiendo que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato «neutro», pues no fue ni indispensable ni determinante para la incautación de la droga. El TC sostiene que «el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho».

En resoluciones posteriores, el TC⁶⁴ ha seguido manteniendo la irrelevancia de los datos obtenidos a través de las intervenciones telefónicas ilícitas en orden a la obtención del resultado final.

Por su parte el TS⁶⁵ también reconoció la excepción de la prueba independiente pero siempre unida a la excepción de la buena fe en la actuación policial. La sentencia impugnada condenó a la recurrente por un delito de tráfico de drogas, la cual alegaba la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia ya que conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador podían surtir efecto al derivarse todas ellas de una intervención telefónica que el propio Tribunal consideró nula por falta de motivación de la resolución que la autorizó.

Sin embargo, el TS admitió la prueba al considerar que con carácter previo a la controvertida intervención telefónica, la acusada ya era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento como consecuencias de las informaciones referentes a su dedicación habitual al tráfico y venta de heroína a terceros y que por tanto, dicho proceso de vigilancia habría conducido igualmente al descubrimiento de la reunión entre la acusada y los proveedores de la droga: «es decir, que inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en mar-

⁶² Velasco Nuñez, E.: *Doctrina y limitaciones a la teoría del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)*, op. cit., pág. 10164-10165.

⁶³ STC 81/1998, FJ 5.

⁶⁴ SSTC 238/1999 y 171/1999.

⁶⁵ STS 4 de julio de 1997, 1997/6008, FJ 4.

cha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo».

La sentencia impugnada condenó a la recurrente por un delito de tráfico de drogas, la cual alegaba la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia ya que conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador podían surtir efecto al derivarse todas ellas de una intervención telefónica que el propio Tribunal consideró nula por falta de motivación de la resolución que la autorizó. En su resolución, el TS afirma que: «el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del descubrimiento inevitable». En este caso, el TS admitió la prueba al considerar que, con carácter previo a la controvertida intervención telefónica, la acusada ya era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento como consecuencias de las informaciones referentes a su dedicación habitual al tráfico y venta de heroína a terceros y que, por tanto, dicho proceso de vigilancia habría conducido igualmente al descubrimiento de la reunión entre la acusada y los proveedores de la droga.

Recientemente el TS⁶⁶ en un supuesto en el que se partía de una lícita autorización judicial de intervención telefónica, justo antes de expirar el plazo se solicita una prórroga en la que no se adicionan ni las cintas originales ni las transcripciones de la información acumulada hasta el momento. El Alto Tribunal estima que la información aportada por la Policía era imprecisa y por ello considera que tanto la autorización acordando la prórroga como las actuaciones derivadas de la misma debían reputarse nulas y sin ningún efecto valorativo por mandato del art. 11.1 de la LOPJ a pesar de ello aplicó la excepción del descubrimiento inevitable estableciendo que» las conversaciones telefónicas legal y lícitamente practicadas bajo la cobertura del primer Auto, contienen indicios sólidos y sospechas fundadas más que sobrados para apreciar la existencia de un presunto delito contra la salud pública que justificara la entrada y registro para encontrar pruebas materiales del mismo, como así sucedió. Y puesto que tales vigorosos indicios habían sido intachablemente obtenidos con anterioridad al Auto de prórroga constitucionalmente irregular y de los frutos conseguidos con su ejecución –que, por otra parte, resultan notoriamente menos significativos, aunque sirvan para confirmar los primeros– es palmaria la desconexión entre unos

⁶⁶ STS 24 de enero de 2004, FJ 4.

y otros, por lo que no cabe hablar de contaminación a los efectos del citado art. 11.1 LOPJ».

En la sentencia de 2005⁶⁷, se enfatiza la idea de que la diligencia de entrada y registro estuvo motivada por una línea de investigación independiente (seguimiento y observación de personas y paquetes sospechosos) y que la intervención telefónica se acordó más bien como medio «(...) para profundizar y completar la investigación respecto al ahora recurrente por las series evidencias que tenía la Policía sobre su participación en operaciones de tráfico con sustancias estupefacientes».

Para un sector de la doctrina, esta excepción no es más que una construcción artificiosa que no puede aplicarse del mismo modo que se acepta en Estados Unidos y que lo que sucederá es que el parámetro de la inevitabilidad ira sufriendo una continua degradación de tal modo que «Al final ocurre lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía; es más, lo habría sido sin vulnerar derecho fundamental alguno»⁶⁸. MIRANDA ESTRAMPES⁶⁹ llega a afirmar que esta excepción resulta inaceptable en nuestro procesal penal, porque se basa en simples hipótesis, difícilmente compatibles con el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. Por su parte VELASCO NÚÑEZ⁷⁰ pone de manifiesto sus dudas sobre la constitucionalidad en la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento.

A mi juicio, desde el punto de vista de la presunción de inocencia que debe regir todo proceso penal, aplicar esta excepción resulta peligrosa, ya que al final todo puede reducirse a que igual se hubiera obtenido la prueba para condenar, aunque en un principio se hayan vulnerado los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

La adopción ilícita de la medida de intervención de las comunicaciones y su posterior declaración de ilicitud por vulnerar un derecho fundamental, pueden llevar a la nulidad de todo lo actuado,

⁶⁷ STS 7 de febrero de 2005.

⁶⁸ Díaz Cabiale, J. A. y Martín Morales, R.: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 87 y 88.

⁶⁹ Miranda Estrampes, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., págs. 117, 128 y 129.

⁷⁰ Velasco Núñez, E.: *Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)*, op. cit., págs. 10164-10165.

quedando impune el delito, por esta razón se hace necesario cumplir con todos los requisitos que han ido marcando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal europeo de Derechos Humanos.

Sobre la interpretación de la validez de las pruebas han sido importantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y concretamente la sentencia 114/1984, que consagra el principio de exclusión de las pruebas ilícitas y que dio lugar al artículo 11.1 LOPJ y la sentencia 81/1998 que afirma que, al valorarse pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no solo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia, además de recoger que no deben valorarse las pruebas que tengan una relación directa con la obtenida con violación de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina de la conexión de antijuridicidad para poder apreciar si existe o no la referida conexión, para determinarlo, es necesario atender a la posible independencia de la prueba derivada respecto de la ilícita, porque, si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de ésta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la conexión de antijuridicidad y, por tanto, dicha prueba derivada quedará afectada por la ilicitud. Por el contrario, si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido ésta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no quedar contaminada por la ilicitud. A partir de esta doctrina se han ido introduciendo excepciones a la prueba ilícita, así:

1. En cuanto a la primera excepción, se admite jurisprudencialmente que la confesión voluntaria del acusado es idónea para fundamentar una sentencia de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental. En este supuesto deberían de existir otros elementos probatorios para destruir la presunción de inocencia, puesto que admitir lo contrario podría suponer una quiebra de los principios más elementales del Estado democrático y de Derecho. Lo más apropiado según mi parecer, sería estar a las circunstancias del caso concreto en que tuvo lugar la declaración autoinculpatória, para así poder discernir si tal declaración se produjo en un contexto de libertad y espontaneidad y asistido por un letrado.

2. Otra de las excepciones admitidas es la actuación de la policía de buena fe en el desarrollo de sus investigaciones y con total respeto a los derechos fundamentales, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito. El fundamento de dicha excepción estaría en la necesidad de estimular que las actuaciones de los agentes públicos respeten la Constitución, por tanto, cuando su actuación no tenga intención de desconocer o violar la Constitución o desprestigiar sus mandatos, si éstos han actuado de forma razonable y de buena fe no hay razones funcionales que justifiquen prescindir de las pruebas obtenidas.
3. Por último, conforme a la excepción del descubrimiento inevitable no podría excluirse una prueba derivada de otra ilícita o inconstitucional porque al resultado probatorio de la primera podría haberse llegado inevitablemente por el curso normal de la investigación. Desde el punto de vista de la presunción de inocencia que debe regir todo proceso penal, el aplicar esta excepción resulta peligroso ya que al final todo puede reducirse a que igual se hubiera obtenido la prueba para condenar, aunque en un principio se hayan vulnerado los derechos fundamentales.