

**PRUEBA PROHIBIDA E INTERPRETACIÓN  
DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Y DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOLES**

**Juan-Luis Gómez Colomer**

**Sumario:** **I.** El estado de la cuestión hasta la Constitución democrática **II.** Los primeros pasos: La asunción doctrinal de la prueba prohibida por el Tribunal Constitucional **III.** La evolución legal inmediata y los primeros vaivenes **1.** La excepción de prueba jurídicamente independiente **2.** La excepción del descubrimiento inevitable **3.** La excepción del hallazgo casual **IV.** El cambio del péndulo: De la expansión a la restricción **1.** La excepción de la conexión de antijuridicidad **2.** La excepción de confesión voluntaria del inculpado **3.** La excepción de buena fe **V.** Conclusiones.

**I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA**

Antes de que existiera una propuesta de organización dogmática de la institución de la prueba prohibida, al menos en sus intenciones iniciales ordenada y clara, tanto en lo que afecta a las normas por las que se rige el proceso penal español, como a su interpretación jurisprudencial, derivada directamente de los principios democráticos y derechos fundamentales de los ciudadanos establecidos en la

Constitución de 1978 (en adelante abreviada Const. española), desarrollados por la legislación orgánica y ordinaria que regula el proceso penal, sobre el problema de si cualquier prueba, no importando ni su procedencia ni la forma de su hallazgo, podía ser obtenida en la fase de investigación del proceso penal y, en su caso, aportada y practicada después en el juicio oral contra un acusado, ya las leyes de enjuiciamiento permitían llegar a una conclusión sistemática, ciertamente endeble y mínima, pero suficiente, de que no todo podía valer para hallar la culpabilidad de una persona. La democracia restaurada en España en 1978 ha aclarado, fijado y, sin duda, enaltecido la discusión, pero ni siquiera con la dictadura de Franco valía todo, al menos contra delincuentes comunes, no políticos<sup>1</sup>.

Este importante problema revela claramente que el tema de la prueba es uno de aquellos en los que el campo de tensiones en que se convierte en la práctica el proceso penal resulta más sensible, porque en realidad se traduce diariamente en una confrontación desigual, en la que un Estado empeñado en mantener la paz social y la convivencia democrática entre sus ciudadanos puesta en peligro por el delito, tiene enfrente a la persona sospechosa de haberlo cometido, persona que goza de unos derechos básicos, los derechos fundamentales, que operan como límite de defensa ante la siempre fácil intervención o injerencia de ese Estado en la vida jurídica de aquella para llevarla a juicio y condenarla, como magistralmente pusiera de manifiesto Tiedemann<sup>2</sup>.

Hasta 1989, en efecto, la que es de 1882 fijó determinados supuestos en los que la búsqueda, obtención, aportación y práctica de medios de investigación que luego se iban a convertir en medios de prueba, no era en ningún caso posible, lo que causaba o bien la nulidad absoluta del acto y con toda probabilidad la del mismo proceso penal considerado como un todo, o bien la nulidad relativa, lo que podía provocar su anulación y salida del proceso.

Ejemplo típico del primer supuesto, y prácticamente único durante casi cien años, era la obtención de una confesión del acusado mediando tortura, puesto que el artículo 389, III LECRIM, con base en la máxima protección que exige el respeto del derecho a la vida y del derecho a la integridad física, sobre todo en el ámbito del proceso penal, muchas veces aunque no siempre con fundamento en algunas de las diferentes constituciones que han regido en España, democráticas

---

1 Hace tiempo que tengo interés sobre el tema de la prueba prohibida. Véase, como antecedente directo de este escrito, Gómez Colomer 2008: 107 y ss.

2 Véase Tiedemann 2006: 93 y ss.. Existe traducción al español de la ed. 2ª de este libro, con el título «Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal», a cargo de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ed. Ariel, Barcelona 1989, págs. 133 y 134.

o no, desde 1812 hasta la vigente de 1978 (esta expresamente en su art. 15)<sup>3</sup>, sin perjuicio de las más recientes normas internacionales<sup>4</sup>, al prohibir la coacción o amenaza contra el imputado a la hora de prestar declaración, además de prohibir este inhumano método de obtención de pruebas, excluía absolutamente los resultados de la declaración del imputado o acusado en esas condiciones como medio de prueba, sin perjuicio de la responsabilidad penal de la autoridad pública que la hubiera practicado, haciendo en la mayor parte de los casos el proceso penal posterior inútil porque la nulidad le afectaba totalmente. Ello porque los derechos a la vida y a la integridad física se consideraban sagrados, intangibles, y ningún acto procesal podía ser válido si se producía como consecuencia directa o indirecta de una vulneración de aquellos<sup>5</sup>.

Ejemplo típico del segundo supuesto era la no advertencia a la esposa del imputado de que podía negarse jurídicamente a prestar testimonio en contra de su marido, según el art. 416-1 LECRIM<sup>6</sup>. Ella, que estaba obligada a comparecer ante el Juez Instructor, se podía sin embargo excusar de declarar, no es que tuviera prohibido declarar (art. 416-1, I LECRIM). Por ello, si después de hecha la advertencia sobre dispensa de declaración la esposa declaraba como testigo no obstante, la prueba era legal y válida. Pero si no se hacía la advertencia por la autoridad pública de persecución y declaraba la esposa, no existía disposición legal expresa. La doctrina más relevante anterior a la Const. española era partidaria a lo sumo de excluir la declaración testifical como medio de investigación por ser

---

3 La que se puede considerar primera constitución democrático-liberal española, heredera de la Revolución Francesa, la Constitución de 1812, prohibió la tortura en el art. 303; pero la Constitución de 1876, también democrático-liberal, vigente en el momento de entrada en vigor de la LECRIM, nada dijo al respecto; como tampoco la Constitución de la II República española de 1931; lo que no deja de ser un poco sorprendente, quizás por pensarse que con la protección del Código Penal de 1870 y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya era suficiente. Curiosamente, un texto no democrático, el franquista Fuero de los Españoles de 1945 proclamaba el principio de respeto a la dignidad e integridad de la persona humana en su art. 1. Véanse estos textos en De Esteban 1998; o en Rico Linage 1989.

4 En las que no entro. Baste decir que me refero a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 (arts. 3 y 5); al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (arts. 2 y 3); al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 6 y 7); a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 (arts. 4 y 5); a la Convención de la ONU contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984; y al propio Convenio Europeo de Estrasburgo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987; entre otras.

5 La doctrina de la época así lo entendía. Vide Reus 1883: 266; y Aguilera de Paz 1924: 604.

6 En España el cónyuge está exento también y previamente de la obligación de denunciar a su marido o esposa (art. 261-1 LECRIM).

perjudicial (art. 311, I LECRIM), o, posteriormente como medio de prueba por ser impertinente (art. 659, I LECRIM), lo que de aceptarse por el juez o tribunal debería haber significado la salida del proceso de la declaración, al ser anulable que no nula, siendo válidos los demás medios probatorios. La razón, se decía entonces, se basaba en que una política criminal específica aconsejaba al Estado proteger de este modo a la familia, no inmiscuyéndose en las relaciones entre los cónyuges. Pero la jurisprudencia excluía de este segundo supuesto el recurso de casación, con lo que en definitiva esto significaba que la prueba podía haber permanecido en el proceso y podía haber sido valorada conjuntamente con otras pruebas que le hubieran hecho perder su eficacia excluyente<sup>7</sup>.

Pero no era suficiente con este tipo de normas, siempre aisladas y que no permitían llegar a conclusiones seguras en todos los casos. El caos interpretativo respecto a su eficacia en el proceso penal sobre todo era y es también notable<sup>8</sup>. Es más, de hecho, en la práctica era más frecuente en estos casos observar cómo el criterio de hallar la verdad material se imponía al de la prueba ilícitamente obtenida, lo que significaba su admisión y valoración<sup>9</sup>. Y la situación española era comparable con la de los demás países, sobre todo los de influencia francesa. Por eso ya Beling, el primer autor europeo continental que ha tratado directamente el tema de las pruebas prohibidas, propuso una clasificación ordenada de las mismas de acuerdo con la legislación vigente entonces en Alemania, básicamente la *StPO* (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1877), con seis posibilidades, muchas de las cuales tienen vigencia en la actualidad<sup>10</sup>. Hoy esta necesidad de sistematización es todavía más acuciante, porque el mundo moderno está evolucionando desde hace unas décadas por culpa de la criminalidad actual, muy grave, muy tecnificada y de efectos devastadores, hacia planteamientos inimaginables, que exigen que ese campo de tensiones entre democracia, libertad y seguridad, es decir, entre efectividad de la persecución penal por el Estado y respeto a los derechos constitucionales del acusado, que es el proceso penal, quedara mejor definido y dogmáticamente construido de forma tal que permitiera dar la solución práctica adecuada en cada momento. Era necesario entonces establecer un marco jurídico adecuado para esta problemática, a la que en general se ha llamado en la Europa

7 Véanse Fenech Navarro 1960: 672 y 673; y Gómez Orbaneja/Herce Quemada 1975: 176.

8 No entro en este artículo en el tema de los efectos de la admisión de pruebas ilícitas, ni en la eficacia o ineficacia de los resultados probatorios obtenidos a su través, ni tampoco en las posibilidades impugnatorias de las partes al respecto, v. entre otros, v.gr., Miranda Estrampes 1999: 51 y ss.

9 Véase Armenta Deu 2006: 186 y 187.

10 Beling 1903: 5 y ss.

continental «prueba prohibida», o «prueba ilícita», como referencia plástica directa a los límites de la investigación en el proceso penal.

El fundamento de la existencia de la prueba prohibida resulta así, en una democracia que goza de un proceso penal propio de un Estado de Derecho, muy claro, puesto que es el propio Estado democrático el que, al consagrar un catálogo de derechos fundamentales en su Constitución, a los que otorga valor de inviolables y carácter preferente sobre todos los demás (art. 10.1 Const. española), está exigiendo que cualquier acto que vulnere alguno o algunos de esos derechos fundamentales carezca de eficacia probatoria en el proceso. Por eso, valorar judicialmente en el proceso una prueba prohibida, significa llanamente que se están ignorando las garantías constitucionales sobre las que se sustenta el propio proceso, particularmente el proceso penal, es decir, que se está atacando directamente el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 Const. española, o principio del proceso debido o justo.

Y además con su reconocimiento legal y jurisprudencial se alcanzan dos efectos trascendentales. Por un lado, el efecto garantista, ya que una correcta teoría sobre la prueba prohibida contribuye eficazmente a una mejor protección de los derechos fundamentales del imputado o acusado garantizados por la Constitución que ordena esa democracia; y por otro lado y no en último lugar, el efecto disuasorio, por el que se asegura que las conductas de las autoridades de persecución penal, sobre todo durante la investigación del crimen y particularmente las realizadas por la policía, serán ajustadas a la misma Constitución.

El desarrollo de esta cuestión, España no ha sido ni original ni mucho menos primeriza en el tiempo. Vamos a remolque del derecho anglosajón indubitadamente<sup>11</sup>, con ciertas miras puestas en lo que Alemania e Italia están sugiriendo. En cualquier caso, sí coincidimos todos en algo trascendente: del deslumbramiento inicial, por el que cualquier vulneración constitucional que se producía en la obtención o práctica de un medio de prueba en el proceso penal, significaba la exclusión del proceso prácticamente de forma automática de la prueba afectada, es decir de una situación claramente *pro* «libertad/derechos fundamentales», estamos pasando a un lamentable y preocupante reduccionismo teórico-práctico en el que todo vale si hay algún resquicio a la legalidad. El péndulo hoy se está inclinando claramente a favor de la «eficacia-seguridad». Veamos qué ha pasado y demostraremos la conclusión que se acaba de avanzar.

---

11 Véase, entre otros muchos, Fidalgo Gallardo 2003: 87 y ss.

## II. LOS PRIMEROS PASOS: LA ASUNCIÓN DOCTRINAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La fuente primordial, la Constitución de 1978, no regula ni directa ni indirectamente las prohibiciones probatorias. Tampoco de ninguno de sus preceptos se desprende directamente una regla de exclusión.

Una cosa es que la Constitución contenga derechos fundamentales de las partes procesales, sobre todo del acusado, que hagan referencia directa o indirectamente a temas probatorios, como el derecho a la igualdad procesal (art. 14), el derecho a ser informado de las razones de su detención (art. 17.3), el derecho a ser informado de la acusación formulada en su contra (art. 24.2), el derecho a la asistencia letrada durante la detención policial y judicial (art. 17.3), el derecho a la defensa técnica durante el proceso (art. 24.2), el derecho a no declarar durante la detención (art. 17.3), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), el derecho a que no se produzca indefensión (art. 24.1 y 2), el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2), el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2), el derecho a no confesarse culpable (art. 24.2), y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2). Todos estos derechos fundamentales, garantías institucionales y libertades públicas consagradas por la Constitución, han acabado entrando en juego de alguna manera cuando el TC español ha tratado de fundamentar al máximo nivel legislativo una regla de exclusión en un proceso, generalmente penal, sobre todo con relación a la protección del secreto de las comunicaciones de los imputados o acusados, pero no solo en relación con ello, y a la protección explícita de su presunción de inocencia.

Y otra cosa es que entre sus derechos fundamentales, garantías institucionales y libertades públicas reconozca los derechos a la vida (art. 15), a la integridad física (art. 15), a la libertad de movimientos (art. 17.1), al honor (art. 18.1), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2), y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3), que de ser vulnerados en el proceso darán lugar sin duda alguna a una regla de exclusión.

Como tal regla o prohibición probatoria, pues, la Constitución española no recoge ninguna entre sus disposiciones. Pero veremos de inmediato que ello no significa en absoluto que las prohibiciones de prueba no se puedan basar sólidamente en normas constitucionales, precisamente las que acabamos de recoger, con el loable fin de que el ciudadano cuyos derechos fundamentales hayan sido vulnerados a través de pruebas prohibidas pueda acceder, en su caso, a la máxima tutela procesal que el ordenamiento prevé, el recuso de amparo ante el TC.

Así es, en 1984, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de conocer de un supuesto que le sirvió para dictar la primera sentencia española en materia de prueba prohibida, un caso por lo demás curiosamente de origen no penal, sino laboral (STC 114/1984, de 29 de noviembre)<sup>12</sup>. El caso fue el siguiente: un redactor de un periódico de Alicante fue despedido por deslealtad y falta de buena fe para con la empresa editora del mismo, porque en una conversación privada con un consejero técnico del Ministerio de Transportes y Comunicaciones hizo determinadas manifestaciones, sin saber que este estaba grabando la conversación, que posteriormente fue utilizada como prueba en el proceso laboral que acarrió su despido, sanción laboral confirmada por el TS. Ante el TC, el recurrente despedido alegó vulneración del derecho al secreto de comunicaciones del art. 18.3 Const. española y conculcación del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 Const. española. El TC denegó el amparo.

Pues bien, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia se establecen como doctrina de partida varias consideraciones que es preciso tener en cuenta. En primer lugar, destaco que acredita conocimiento de la doctrina norteamericana de la *exclusionary rule*, aunque no cita la jurisprudencia verdaderamente importante, así como de la situación en Francia y en Italia. Curiosamente no dice nada de Alemania.

En segundo lugar, entiende el TC que no hay ninguna norma en la Const. española que consagre un derecho constitucional autónomo a la desestimación de la prueba ilícita, y que, por tanto, «la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental»<sup>13</sup>. De hecho afirma que estamos aquí ante una encrucijada de intereses, por un lado hallar la verdad material en el proceso, y por otro la garantía de los derechos de los ciudadanos, y dice:

Estas últimas (se refiere a los derechos o situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos) 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<sup>14</sup>.

---

12 Véase Asencio Mellado 1985: 289 y ss.

13 Fundamento Jurídico 2, párrafo I.

14 FJ 4, párrafo II.

En tercer lugar, si la ilicitud probatoria se diera y si existiera una regla que impusiera su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio podría afectar a los derechos fundamentales siguientes:

Al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 Const. española). La razón es que constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso; y [...]

Al principio de igualdad entre las partes (art. 14 Const. española), 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 de otro<sup>15</sup>.

Por tanto, a partir de ahora 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 acusado<sup>16</sup>, 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 obtenido»<sup>17</sup>.

Sin entrar en una crítica a fondo de lo esencial de esta nueva doctrina<sup>18</sup>, resulta claro que esta sentencia significa en España un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, sobre todo si es imputado o acusado en un proceso penal.

Obsérvese por último que el TC no fundó en este caso la posible regla de exclusión en el derecho del acusado a la presunción de inocencia (art. 24.2 Const. española), probablemente porque los hechos que la motivaron pertenecían al orden jurisdiccional laboral, presunción de inocencia cuya vulneración sí ha sido estimada posteriormente en la mayor parte de las sentencias sobre prueba prohibida del TC español, que traían causa de un proceso penal, debido a que la prueba prohibida, al no ser prueba válida, no desvirtúa la presunción de inocencia del

---

15 FJ 5, párrafo I.

16 FJ 4, párrafo I.

17 FJ 5, párrafo II.

18 Véase por todos Oliva Santos 2003: 3 y ss.



acusado y, por tanto, no es prueba de cargo suficiente para que el tribunal pueda condenar.

### **III. LA EVOLUCIÓN LEGAL INMEDIATA Y LOS PRIMEROS VAIVENES**

Esta doctrina 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 del TC español anteriormente comentada. El texto legal es no obstante demasiado cáustico, pues según este precepto, «[...] No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»<sup>19</sup>.

A partir de aquí comenzaron a publicarse estudios doctrinales de envergadura que trataron de explicar el alcance de esta norma<sup>20</sup>, centrándose sobre todo en el entendimiento del adverbio «indirectamente»<sup>21</sup>, no introducido por la STC 114/1984, de 29 de noviembre, pero que a la postre se acabó confirmando por el propio TC 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»<sup>22</sup>.

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 TC español desde los primeros momentos tras su promulgación, doctrina que se recoge en las sentencias citadas en esta investigación y que podríamos caracterizar resumidamente del siguiente modo:

- a) Las pruebas obtenidas directamente violentando derechos fundamentales (que son los consagrados por la Const. española) no surten efectos en el proceso;

---

19 Sobre su *iter* parlamentario, prácticamente sin datos de interés por la falta de discusión, v. Oliva Santos 2003: 1 a 3.

20 Desde v.gr. Pastor Borgoñón 1986: 337 y ss.; hasta por ejemplo Miranda Estrampes 2003: 55 y 56.

21 Véanse Asencio Mellado 1989: 89; González Montes 1990: 39 y 40; González Montes 1993: 67 y ss.; Vegas Torres 1993: 120 y ss.; Picó I Junoy 1997: 890 y ss.; Fernández López 2005: 150 y ss. El tema ha atraído también a los penalistas: Véase Muñoz Conde 2004: 101 y 102 (publicado también en «Estudios sobre Justicia Penal» en homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, págs. 381 y 382).

22 El reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilegalmente obtenida a pruebas derivadas de ésta (doctrina de los frutos del árbol envenenado), no se produciría expresamente sino en 1999, v. *infra*.

- b) Las pruebas obtenidas indirectamente violentando derechos fundamentales tampoco surten efectos en el proceso (eficacia refleja o frutos del árbol envenenado);
- c) No importa quién haya conseguido la prueba ilícita;
- d) No importa el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida, si en la fase de investigación o en cualquier otra fase;
- e) No importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer; y
- f) 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 STC 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 TC. 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»<sup>23</sup>.

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, el cual recurre en amparo por entender que esas pruebas testificales así obtenidas vulneran la Constitución, recurso que rechaza el TC. Pero en esta sentencia el Alto Tribunal matiza lo dicho en la S 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»<sup>24</sup>. 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 Const. española, 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 solo se puede

---

23 FJ 3, párrafo I.

24 FJ 2, párrafo I.

producir en la fase de investigación del proceso penal, sienta una precisión discutible. Que ello sea lo usual no quiere decir que sea la única posibilidad, ya que por ejemplo también puede darse durante una investigación sumaria complementaria al amparo del art. 746-6 LECRIM, que se ordena en pleno juicio oral. Tampoco es admisible que la misma vulneración de un mismo derecho fundamental en un proceso penal pueda estar sometida a dos regímenes jurídicos distintos<sup>25</sup>.

Pero fue en 1994 cuando se dio un paso todavía más proteccionista<sup>26</sup>, 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 cuando en un caso en el que se practicó una intervención telefónica acordada judicialmente por providencia (resolución no motivada) de dos personas por sospecha de comisión de delitos contra la salud pública (tráfico de estupefacientes), intervención que fue prorrogada hasta dos veces por la policía sin que llegara la preceptiva autorización judicial que había solicitado, durante cuyo transcurso se descubre el delito, el TC sienta en su S 85/1994, de 14 de marzo, la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida, reconociéndola en el derecho procesal español<sup>27</sup>, de modo similar a como ocurrió con otros tribunales americanos y europeos.

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 TC, después de afirmar que la prueba se había obtenido con vulneración del art. 18.3 Const. española, 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<sup>28</sup>:

---

25 Véanse Armenta Deu 2006: 189; Gálvez Muñoz 2003: 100 y 101; y Miranda Estrampes, M., *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*, cit., págs. 55 y 56.

26 Lo cual no deja de ser algo sorprendente por otra parte, pues el TEDH ya había dictado su famosa sentencia en el caso *Schenk* (S TEDH de 12 de julio de 1988, RA TEDH 1988/4), en donde había dicho que admitir una prueba ilícita para su práctica no significa en principio una vulneración del art. 6 del CEDH (derecho al proceso justo).

27 Véase Miranda Estrampes 2003: 56.

28 FJ 4, párrafos 4 y 5.

[...] Así pues, la ocupación de la droga a la menor M. J. P. 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 [...].

Esta es 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 solo 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 la consecuencia de que el TC anuló las dos sentencias impugnadas, la de la Audiencia Provincial y la del TS, 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 de los frutos del árbol envenenado norteamericana<sup>29</sup>, que por cierto no es recogida así por la sentencia, pero que indudablemente implica lo mismo. Aunque fue el Auto TC 155/1999, de 14 de junio, si nuestra búsqueda se ha realizado correctamente, el que se refirió por vez primera de manera expresa a esa terminología estadounidense tan plástica en el seno del TC, ya más de dos años antes el TS en su sentencia 814/1992, de 7 de abril (RA 2864), había traído esa terminología extranjera a nuestra práctica judicial, que ha sido luego seguida sin

---

29 Véase Velasco Núñez 1996: 427 a 446.

alteraciones por dicho alto Tribunal, a veces refiriéndose a ella como doctrina de «efecto dominó»<sup>30</sup>. Destacamos la doctrina sentada por la STS 448/1997, de 4 de marzo (RA 2215), en los siguientes términos:

[...] 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 derivan de la anterior («directa o indirectamente»), pues solo 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.

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).

La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1. 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 (Sentencia 985/1996, de 27 noviembre, entre otras muchas) 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 Const. española pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

---

30 Véase por ejemplo la S TS 1284/1994, de 17 de junio (RA 5176).

Por otra parte una ampliación forzada de los supuestos de aplicación del efecto expansivo del art. 11.1. 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» (STC 86/1995, de 6 junio).

La interpretación extensiva (la prueba prohibida comprende también los frutos del árbol envenenado) se mantuvo incólume muy poco tiempo, hasta 1995, año inmediatamente posterior al recogimiento 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 que en la práctica la adopción de la doctrina refleja dejaba en realidad en libertad a grandes criminales autores de delitos horrendos, y empezó a buscar la manera de que ello no sucediera, sin discutir lo esencial de la doctrina del TC sentada en 1984 sobre la prueba prohibida, solo centrándose en negar las consecuencias de la eficacia refleja, por tanto buscando la manera de 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 TC, la llamada excepción de prueba jurídicamente independiente, y los otros dos por el TS, la excepción del descubrimiento inevitable y del hallazgo casual. Tampoco en ello ambos altos tribunales españoles aportaron nada nuevo, como veremos, pues el TS de los Estados Unidos de América ya se les había adelantado.

## 1. La excepción de prueba jurídicamente independiente

La primera de las excepciones fue establecida, como hemos dicho, por el TC. 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 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 Const. española), 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.

Aquí el TC todavía no había sentado su doctrina sobre la conexión de anti-juridicidad (lo hará en 1998, v. *infra*), razón por la que la prueba de «confesión» del acusado tiene ahora unas consecuencias distintas a cuando esa doctrina se establezca más tarde.

El TC no revoca su propia doctrina<sup>31</sup>. 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, el proceso es válido, con la consiguiente absolución de los acusados, sino muy al contrario, solo está contaminada la prueba ilegal y las demás sufren el juicio valorativo que corresponda. No hay pues frutos envenenados si hay prueba válida independiente<sup>32</sup>.

La excepción de prueba independiente puede tener su origen, cómo no, en la jurisprudencia norteamericana (*independent source*), y en concreto en el caso *Wong Sun* de 1963<sup>33</sup>.

Pero esta teoría es muy débil e inconsistente, porque no siempre se sabe si la prueba lícita segunda se ha obtenido de forma totalmente independiente respecto a la primera<sup>34</sup>. Es más, en el caso citado, el propio TC reconoce que el coacusado 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<sup>35</sup>.

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 (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, 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

---

31 De hecho, cuando no hay prueba independiente la mantiene sin fisuras con la misma consecuencia material de absolución para el condenado, v. v.gr., STC 49/1996, de 26 de marzo.

32 Vide también la STC 238/1999, de 20 de diciembre.

33 *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963).

34 Véanse Carmona 1996: 96; y Miranda Estrampes 2003: 57 y 58.

35 FJ 4, párrafo segundo.

mediante pruebas testificales válidas y declaraciones de coimputados<sup>36</sup>. Esta doctrina es seguida hoy en día literalmente por el TS español<sup>37</sup>.

## 2. La excepción del descubrimiento inevitable

La segunda de las excepciones proviene, no del TC, sino del TS, que, en su S 974/1997, de 4 de julio (RA 6008), 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:

[...] 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).

La enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1 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 Const. Española [...]

Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del «descubrimiento inevitable». En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la

36 Véase también la STC 184/2003, de 23 de octubre.

37 Vide por ejemplo las SS TS 1490/1998, de 26 de noviembre (RA 8986); 2210/2001, de 20 de noviembre (RA 1281 de 2002); 588/2002, de 4 de abril (RA 5445); y 498/2003, de 24 de abril (RA 4231).



cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína «al por mayor». Es decir que «inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada.

En consecuencia, la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues —con independencia de ello— las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente 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, antes vista, configurándose también como una excepción a la regla de la eficacia refleja de la prueba ilícita (recordemos, doctrina de los frutos del árbol envenenado), y sin duda alguna el *inevitable discovery* proviene del caso *Nix v. Williams* de la jurisprudencia norteamericana, de 1984<sup>38</sup>.

Su fundamento reside, pues, en 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 co-imputado), que también es ilícita («indirectamente»), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según el TS español, la condena del acusado<sup>39</sup>.

Pero esta excepción también es criticable, porque la presunción de inocencia solamente puede desvirtuarse mediante pruebas lícitas, y además, como ocurre con la excepción de prueba independiente, no se sabe siempre si el descubrimiento ha sido inevitable o no. Su mayor inconsistencia reside en que en función del

---

38 *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

39 Doctrina seguida por la S TS 123/2002, de 6 de febrero (RA 2236); S TS 836/2002, de 10 de mayo (RA 7157); S TS 885/2002, de 21 de mayo (RA 7411); y S TS 227/2006, de 8 de marzo (RA 2278); entre otras.

caso el descubrimiento inevitable puede basarse en meras hipótesis, suposiciones o conjeturas, no en hechos claramente probados<sup>40</sup>.

### 3. La excepción del hallazgo casual

La última de las excepciones proviene también del TS, que en su sentencia 1313/2000, de 21 de julio (RA 6772), ha determinado 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 donde lo relaciona directamente con la teoría de la prueba prohibida. Y lo ha hecho en un caso de delito contra la salud pública (tráfico de drogas), 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 solo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al folio 5 de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa (Diligencia 1385/1996-J), que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas el 12-3 y 21-3-1997 [...]

La Defensa ha señalado la utilización de este hallazgo formal como un punto que a su juicio resulta de carácter concluyente para demostrar la ilicitud del procedimiento por el que se han obtenido las pruebas. Sin embargo, 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. El párrafo 100 b) de la 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 [...].

En el Auto TS de 12 de junio de 2003 (RA 164051), ha precisado que: «A) 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

---

40 Véase Miranda ESTRAMPES 2003: 59.

ya fue resuelta de manera independiente por la Sala de instancia mediante Auto de 5 de diciembre de 2001».

Lo cierto es que el 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.

El problema de los hallazgos casuales, como a menudo sucede, consiste en que suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal. Como casos paradigmáticos suelen citarse, 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, pues, una de las manejadas 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 adición”. (STS de 4 de marzo de 2003).

Como lo hemos sostenido en otros precedentes, 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 (STS de 18 de febrero de 2002).

Esto es lo que ocurre en el caso sometido a nuestra 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 bien.

Junto a la tesis de los hallazgos casuales, puede aplicarse al caso que nos ocupa igualmente 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 terminología del TC, «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).

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<sup>41</sup>. Desde entonces esta doctrina se mantiene invariable por el TS español.<sup>42</sup>

Constituye por tanto otra excepción relevante a la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida. En realidad si somos serios dogmáticamente, y el propio TS 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.

#### **IV. EL CAMBIO DEL PÉNDULO: DE LA EXPANSIÓN A LA RESTRICCIÓN**

El estado actual de la cuestión es más restrictivo todavía, en la teoría y en la práctica, porque es a partir de 1998 cuando el TC español ha confirmado la tendencia claramente reduccionista en esta materia, negando no solo 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 TC tres frentes distintos nuevos, en realidad uno solo 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 refleja.

No son ajenas 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), por tanto para el penal también, estableció

---

41 S TS 1990/2002, de 29 de noviembre (RA 10873), FD 3.

42 Vide SS TS 377/2003, de 12 de marzo (RA 2660); S TS 733/2004, de 7 de junio (RA 2289); S TS 879/2006, de 20 de septiembre (RA 6402); y S TS 1165/2006, de 20 de noviembre (RA 9187).

en su art. 287 una norma de gran trascendencia<sup>43</sup>, 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<sup>44</sup>, norma que se complementa con lo dispuesto en el art. 230 sobre nulidad, al reconocerse la máxima de conservación de los actos procesales.

Pero pasemos a ver las últimas restricciones.

### **1. La excepción de la conexión de antijuridicidad**

Se recoge por vez primera en la STC 81/1998, de 2 de abril. En este caso el TC 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<sup>45</sup>. El TC 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.

El problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

---

43 Precepto que tiene su referencia inmediata en España en el art. 549, I (Medios de prueba inadmisibles) de la Propuesta de Profesores Españoles de Derecho Procesal, que se puede consultar en la obra «Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Ed. Tecnos, Madrid 1974, t. II, p. 272 s.

44 Véanse por todos Montero Aroca 2005: 157 y ss. Para la situación inmediatamente anterior a la LEC de 2000, v. Picó I Junoy 1996: 283 y ss.

45 Esta sentencia es explicada con detalle por su propio ponente, v. Vives Antón 2002: 12 y ss.

Pues bien: en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones y 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 de la Constitución Española.

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos, en supuestos excepcionales 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 [...].

Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. 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). 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.

El Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.

Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, 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. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación

de la razonabilidad del mismo y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías [...].

La conexión de antijuridicidad es sin duda, además de una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente 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)<sup>46</sup>, y la doctrina afirma no sin razón que de hecho esta excepción significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal<sup>47</sup>.

Esta doctrina ha sido mantenida posteriormente en numerosas sentencias del TC<sup>48</sup>, y seguida prácticamente sin matices por el TS español<sup>49</sup>. Este ha efectuado un preciso resumen de la teoría de la conexión de antijuridicidad en la STS 9/2004, de 19 de enero (RA 2161), en un caso de delito contra la salud pública en que se ordenó una intervención telefónica sin declarar secretas las actuaciones procesales, en los siguientes términos:

[...] Las mayores dificultades se encuentran a la hora de determinar el alcance de esta ineficacia probatoria con relación a las practicadas con posterioridad y que derivan de esa observación telefónica inconstitucional, ineficacia que ha de alcanzar a todas aquellas otras pruebas que tengan con aquella la llamada conexión de antijuridicidad. Decimos así en el fundamento de derecho 3. 2 de nuestra sentencia 666/2003, de 17 de junio: Conocida es la tesis del Tribunal Constitucional relativa a este tema de la conexión de antijuridicidad, expuesta inicialmente en su sentencia del pleno de tal tribunal núm. 81 de 1998, de 2 de abril, que examina el problema de la posible contaminación de una prueba posterior por la ilicitud constitucional de otra anterior en la que resultó vulnerado algún derecho fundamental de orden sustantivo.

---

46 Véase un amplio resumen jurisprudencial en Climent Durán 2005: 423 y ss.; y en Urbano Castrillo 2003: 75 y ss.

47 Véanse López Ortega 1999: 133 y ss.; Juanes Peces 1999: 1682 a 1686; Cedeño Hernán 2000: 206; Miranda Estrampes 2003: 59; y López-Barajas Pera 2006: 1. Muy crítico es Martí Sánchez 1998: 154 y ss.

48 Por ejemplo, STC 49/1999, de 5 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; 239/1999, de 20 de diciembre; 136/2000, de 29 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 167/2002, de 18 de septiembre; y 26/2006, de 30 de enero.

49 Por ejemplo, SS TS 2011/2002, de 3 de diciembre (RA 10956); 2210/2001, de 20 de noviembre (RA 1281 de 2002); 229/2008, de 15 de mayo (TOL 1.320.837).

Como regla general, a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas.

Por excepción, tal prueba refleja puede valorarse como prueba de cargo cuando, pese a existir esta conexión natural, falta lo que el TC denomina conexión de antijuridicidad, esto es, cuando, por la valoración de diferentes elementos en juego, puede estimarse jurídicamente independiente esta prueba posterior que, en sí misma considerada, ha de valorarse como lícitamente obtenida y aportada al proceso.

De tal sentencia 81/1998 entresacamos los siguientes elementos que pueden tenerse en cuenta para elaborar ese juicio de conexión de antijuridicidad:

1. La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.
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.
3. 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.
4. Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que esta pudiera quedar en la clandestinidad.
5. Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o solo 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.

El TS español, con relación a este tema, ha dictado sentencias importantes en algunos casos que matizan conceptualmente la conexión de antijuridicidad, consciente el propio TS de los vericuetos reduccionistas en que poco a poco se va metiendo la jurisprudencia. Un buen ejemplo es la STS 1203/2002, de 18 de julio (RA 7997), en donde se resume y matiza del siguiente modo, en un caso, cómo no, de delito contra la salud pública (tráfico de drogas), en el que los estupefacientes son hallados ilegítimamente:



[...] La defensa del efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ determinada por la necesidad de proporcionar la máxima protección en el proceso a los derechos y libertades constitucionales, impone también la necesidad de precisar los casos en que este efecto resulta aplicable, para evitar una desmesurada extensión del mismo. Como se deduce de la propia expresión legal, el efecto dominó únicamente se produce 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 Const. española, pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal.

TERCERO. En consecuencia la denominada doctrina de la contaminación o prohibición de valoración de los frutos del árbol prohibido, constituye en nuestro ordenamiento derecho positivo ordinario a través de lo expresamente dispuesto en el art. 11.1 de la LOPJ.

Este efecto expansivo únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada.

Como destacan las resoluciones anteriormente citadas, es necesario poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal). Las primeras, en la medida en que indirectamente incorporan el conocimiento obtenido a través de una vulneración constitucional, no pueden surtir efecto alguno en el proceso, por expreso mandato legal.

En este sentido, es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada «conexión de antijuridicidad» utilizada a efectos de amparo por el Tribunal Constitucional (STC 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, sentencia de 20-4-2001, núm. 676/2001), 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 de la LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985 [...].

También es muy importante la STS 28/2003, de 17 de enero (RA 926), que aborda la conexión de antijuridicidad desde la perspectiva material, relacionándola con la teoría penal de la imputación objetiva, en otro caso por delito contra la

salud pública en el que el registro domiciliario se llevó a cabo sin la presencia del imputado, en los siguientes términos<sup>50</sup>:

[...] Ahora bien, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia núm. 81/1998 (RTC 1998\81), y esta misma sala, han entendido que para que la acreditada vulneración de un derecho fundamental en el acceso a una fuente de prueba de cargo, pueda viciar indirectamente la adquisición de un elemento de prueba incriminatorio de fuente diferente pero asociada en su producción a la primera es preciso que, además de ese vínculo de origen, causal-«natural» o genético, concorra otro, denotado como «conexión de antijuridicidad», cuya efectiva presencia ha de verificarse operando en una doble perspectiva, interna y externa. En el ámbito de la primera se tratará de ver si la prueba refleja puede decirse jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en cuanto adquirida con medios distintos y autónomos de los determinantes de aquella; y en el de la segunda tendría que comprobarse si la prohibición de valorarla viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental [...]

Situados en esta perspectiva, parece 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. Esta responde al interés de limitar las consecuencias del planteamiento causalista de la concepción del delito, que asocia de forma casi mecánica la antijuridicidad de la acción a la constancia de la lesión del bien jurídico penalmente protegido. Según el nuevo punto de vista, para la calificación de una conducta como antijurídica no basta la constatación del resultado, sino que es preciso valorar si este es consecuencia de la creación de un riesgo no permitido y de su materialización en el menoscabo del bien jurídico.

Esto sentado, es claro que la teoría de la imputación objetiva mira a limitar la proyección de la reacción punitiva y se mueve, por tanto, en una perspectiva «pro libertate», al restringir, ya en el ámbito objetivo, el alcance del tipo penal. En cambio, en el caso de la doctrina de la «conexión de antijuridicidad» la orientación es abiertamente distinta, puesto que con ella se trata de circunscribir la incidencia de la previsión del art. 11,1 LOPJ, de recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone ninguna restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como los indirectos.

Es por lo que goza de pleno fundamento la afirmación que se hace en la sentencia de esta sala de núm. 1203/2002, ya citada, en el sentido de que «es

---

50 Los problemas materiales de la conexión de antijuridicidad han sido estudiados por González Cussac 2008: 279 y ss.

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 LOPJ, y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ/1985 [...]»<sup>51</sup>.

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)<sup>52</sup>.

Obsérvese, por tanto, que ya no basta, como mantenía hasta ahora el TC, con la conexión causal o relación natural entre la segunda prueba y la prueba prohibida primera para que, por aplicación del efecto reflejo, la segunda sea considerada también prueba prohibida, sino que es necesario que se dé además otra clase de conexión, esta de naturaleza no natural sino jurídica, la conexión de antijuridicidad<sup>53</sup>.

La apreciación de la conexión de antijuridicidad dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental producida en primer lugar, pues si no es grave y se pueden obtener las pruebas por otras vías no existirá tal conexión; así como de su resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud en segundo lugar, de modo que dicho derecho fundamental no quede privado de ninguna de sus garantías esenciales por la obtención de la prueba derivada, en cuyo caso tampoco existirá esa conexión de antijuridicidad<sup>54</sup>.

Deberá pues analizarse en el caso concreto la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida.

Proviene también de la jurisprudencia norteamericana, pues estamos ante el *deterrent effect* (efecto disuasorio) que funda la excepción<sup>55</sup>.

---

51 Doctrina seguida por las SS TS 28/2003, de 17 de enero (RA 926); y 58/2003, de 22 de enero (RA 1130).

52 Véanse las diferencias entre prueba diferente pero derivada de la obtenida ilícitamente, de la prueba independiente a efectos de conexión de antijuridicidad en la S TS 1203/2002, de 18 de julio (RA 7997), acabada de recoger en texto.

53 Así Vives Antón 2002: 11.

54 Véase Cedeño Hernán 2000: 206 y 207.

55 Así califican a esta excepción Díaz Cabiale/Martín Morales 2001: 104; y Miranda Estrampes 2003: 61. Véase también Armenta Deu 2006: 196.

Se achaca doctrinalmente a esta sentencia que el TC se haya valido de una construcción artificiosa<sup>56</sup> para evitar impunidad: un fallo técnico en el proceso, se dice, 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 muchas.

La jurisprudencia del TS llama también la atención sobre los peligros de esta doctrina<sup>57</sup>. Su S 160/2003, de 24 de febrero (RA 2510) lo expone con claridad al considerar la evolución del tema, en los siguientes términos:

[...] La cuestión suscitada es la del valor que cabe atribuir, como prueba de cargo, a la confesión del imputado cuando esta se produce a partir de una información obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental que, en el caso planteado por el presente recurso, es el garantizado por el art. 18.3 Const. española. Hay que reconocer que el tema no ha sido resuelto siempre en la jurisprudencia de la misma manera. En un primer momento, la aplicación del art. 11.1 LOPJ, mediante el que se produjo la recepción en nuestro derecho positivo de la teoría de «los frutos del árbol envenenado», dio lugar a una línea jurisprudencial, ya anticipada por la STC 114/1984 y proseguida por las STC 85/1994 y 107/1985 entre otras, que afirmó la «prohibición absoluta» de valorar las pruebas obtenidas mediante la lesión de un derecho fundamental. En la misma línea se inscribieron Sentencias de esta Sala como la núm. 1380/1999, de 6 de octubre, y la 290/1999, de 27 de febrero, en las que se encuentran rotundas declaraciones —«cuando la prueba de cargo inicial ha sido obtenida mediante una actuación vulneradora de los derechos fundamentales, procede la anulación de su efectividad probatoria y, como consecuencia del denominado “efecto dominó”, ello determina el decaimiento de todas las pruebas posteriores derivadas de ella»— y lógicas advertencias —«su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efectos en el proceso»— declaraciones y advertencias con que se interpretó el art. 11.1 LOPJ en el único sentido que parece permitir la literalidad del precepto, esto es, el de que la condición de núcleo esencial del ordenamiento jurídico reconocida a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamados en la sección 1ª del capítulo II del título I de la Const. española prohíbe valorar, no solo la prueba

56 Así califican a esta excepción Díaz Cabiale/Martín Morales 2001: 104; y Miranda Estrampes 2003: 61. Véase también Armenta Deu 2006: 196.

57 Puede verse un análisis de casos relativos a esta cuestión en Urbano Castrillo 2005: 130 y ss.

directamente obtenida a través de la vulneración de uno de tales derechos o libertades, sino también la que lo hubiera sido de forma indirecta merced a dicha vulneración. No se trata, por cierto, de una doctrina abandonada en la actual jurisprudencia, aunque es innegable que la misma se ha visto parcialmente oscurecida a partir de la STC 81/1998 en que por primera vez se incorporó el concepto de «conexión de antijuridicidad» al debate sobre las consecuencias de la ilicitud constitucional de una prueba. Buena prueba de la vigencia de aquella línea doctrinal es que en la Sentencia de esta Sala núm. 1203/2002, de 18 de julio, encontramos esta terminante declaración: «La utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar del acusado explicaciones sobre su procedencia y, seguidamente, fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización “indirecta” de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ». Y en las recientísimas sentencias núms. 28 y 58/2003, de 17 y 22 de enero, respectivamente, en las que larga y razonadamente se afronta la problemática creada por la aludida conexión de antijuridicidad, cuya concurrencia sería necesaria para que la vulneración de un derecho fundamental en el acceso a una prueba de cargo vicie indirectamente de inconstitucionalidad la adquisición de otra prueba de fuente distinta pero asociada en su producción a la primera, se ha puesto de relieve que con la doctrina de la conexión de antijuridicidad «se trata de circunscribir la incidencia de la previsión del art. 11.1 LOPJ, de recortar sensiblemente la eficacia invalidante de la prueba ilícita, allí donde la ley, claramente, no impone restricción, sino todo lo contrario, puesto que comprende tanto los efectos directos como los indirectos». Esta misma reflexión se encuentra ya, sin duda alguna, en la base del consejo que se da a los tribunales en la ya mencionada Sentencia núm. 1203/2002, según el cual es necesario manejar con suma precaución la mencionada doctrina «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 LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985» [...].

Lo importante procesalmente es que a partir de aquí el TC ha reforzado su teoría de la prueba independiente en relación con la conexión de antijuridicidad<sup>58</sup>. Pero no ha sido la última evolución, pues a partir de esta nueva doctrina ha fijado ulteriormente dos supuestos en los que se da un rompimiento de la conexión de

---

58 Tanto para admitir su existencia, como para negarla: Véanse por ejemplo las STC 136/2000, de 29 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; y 123/2006, de 24 de abril.

antijuridicidad si se producen: 1) La excepción de confesión voluntaria del inculgado; y 2) La excepción de buena fe. Por su importancia los destacamos igualmente como manifestaciones propias del reduccionismo garantista en el que nos encontramos en estos momentos. Entremos, pues, en su estudio.

## 2. La excepción de confesión voluntaria del inculgado

Esta excepción es consecuencia de la teoría de la conexión de antijuridicidad. Sin negar su validez anterior a 1998 como prueba independiente<sup>59</sup>, un cambio jurisprudencial importante se produce después de sentar el TC 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 inculgado se recoge en la STC 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 para venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. A partir de ahí el TC sentenció que la «confesión» (en realidad admisión de los hechos criminales) voluntaria del inculgado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal, lo que permite la condena del acusado. En resumen:

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 STC 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

---

59 Doctrina que es resumida por la S TS de 20 de enero de 1989 (RA 56), entre otras muchas: La confesión del imputado es indicio o principio de prueba que debe ser confirmada por otros medios de prueba, vista la posibilidad de confesiones falsas, por motivos de ligereza, jactancia u otros incompatibles con la veracidad, lo que justifica los arts. 405 y 406 LECRIM; siendo prueba válida si habiéndose prestado voluntariamente ante la policía, es luego ratificada ante el Juez Instructor en presencia de su abogado, y si luego en el juicio oral rectifica, el órgano sentenciador es libre de escoger entre una u otra versión de los hechos (S TS de 9 de febrero de 1989, RA 1520). Recuérdese también la STC 86/1995, de 6 de junio, op. cit.

judicialmente por acreditados para fundar una condena penal sino mediante pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías.

Dicho de otro modo, 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 parta 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, mas dicha cuestión es objeto de la pretensión de amparo que será analizada en último lugar [...].

De las actuaciones se desprende que sobre el recurrente no se ha ejercido compulsión o constricción alguna, para que declarara en determinado sentido, lo que justificaría, por sí solo, la desestimación de esta queja; pero el análisis no puede detenerse ahí 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 su razonamiento, 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.

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. Puede ser tenida por errónea desde el punto de vista de su estrategia defensiva, pero no es un error sobre los hechos que se le imputaban, ni un error inducido por el órgano judicial. 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 [...].

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. Por tanto, 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 este la conexión de antijuridicidad que, conforme a nuestra doctrina, justifica constitucionalmente su exclusión.

La primera de las interrogantes ha de ser resuelta en sentido negativo. 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 este 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 STC 94/1999 y 139/1999)...

Sin embargo este razonamiento es insuficiente en términos jurídicos. Como ya hemos expuesto en las STC 81/1998, 49/1999, 94/1999 y 134/1999, aunque 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 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», no es un requisito suficiente para declarar la exclusión probatoria pretendida.

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. En la STC 49/1999 resumíamos así nuestra 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 aquella; 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. Estas dos perspectivas son complementarias, pues solo 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 8).



La aplicación de esta perspectiva de análisis al supuesto enjuiciado nos lleva a desestimar la queja del recurrente, pues se aprecia que, tal y como razonó el TS, su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria. Esta conclusión se apoya en varias consideraciones:

- a) Al acusado, y previamente al imputado, se les 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 Const. española*. 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 Const. española*. 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.
- b) 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 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.
- c) La validez de la confesión, como dijimos en la STC 86/1995, 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), pero no es este el supuesto que aquí abordamos.

Por todas estas consideraciones, debemos declarar razonable y justificada la decisión del TS 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.

En esta sentencia se establece, pues, la doctrina en cuya virtud la confesión voluntaria del inculpado, 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<sup>60</sup>.

Esta doctrina es seguida por el TS<sup>61</sup>. 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<sup>62</sup>. Pero el problema más grave quizás sea el de la voluntariedad de la confesión, como ha puesto de manifiesto el TS últimamente, por ejemplo, en su S 1048/2004, de 22 de septiembre (RA 5834), 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 esta Sala y de la que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional.

En este sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24 de abril, en un caso del todo idéntico al que ahora nos ocupa que hay que diferenciar entre las

60 Véanse también las STC 136/2006, de 8 de mayo; y 49/2007, de 12 de marzo.

61 Véanse por ejemplo las SS TS 2012/2000, de 26 de diciembre (RA 10470); 550/2001, de 3 de abril (RA 3342); 498/2003, de 24 de abril (RA 4231); 82/2002, de 28 de enero (RA 1855); 1057/2002, de 3 de junio (RA 7131); 408/2003, de 4 de abril (RA 3848); 339/2004, de 16 de marzo (RA 2807); 926/2006, de 6 de octubre (RA 7105); y 229/2008, de 15 de mayo (TOL 1.320.837).

62 Así Miranda Estrampes 2003: 61.

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 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 inculcatorias —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 TC en esta materia, tratando de concretar en 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 esta, 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 esta, no se le habría recibido declaración al que luego resulta condenado por haber reconocido que la droga era suya, no es aceptado por el TC para extender los efectos de la prueba nula a tal declaración «este argumento es insuficiente en términos jurídicos», concluye refiriéndose a las STC 81/98, 49/99, 94/99 y 134/99 en el mismo sentido.

En el mismo sentido, la también STC 86/95 de 6 de junio —anterior a la citada— y también en relación con 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.

También 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 silencio<sup>63</sup>.

Por su parte, esta Sala de Casación ha mantenido idéntica posición de la que son exponentes las SSTs 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. En definitiva, puede concluirse que en relación con la prueba de confesión del inculcado esta 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 sus derechos constitucionales, 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 y c) 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.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99 «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».

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 solo 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 inculcado 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. Doctrina

---

63 Idéntica doctrina se reitera, entre otras, en las STC 81/1998, 49/1999, 8/2000, 136/2000, 299/2000, 14/2001 y 138/2001.

semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de febrero. En todo caso se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de esta Sala y del TC ya citada.

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» (fundamentos jurídicos segundo y tercero).

Es evidente que como se indica en la STS 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. 11-1 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 inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

En este sentido existe una sentencia de esta Sala —408/2003 de 4 de abril— que declaró que la nulidad de la declaración autoinculpativa en sede policial arrastró por conexión a la siguiente declaración en sede judicial, también inculpativa, formalmente válida pero que se estimó nula por la proximidad temporal entre ambas y considere que por esa razón la nulidad de la primera declaración abarcó también a la declaración judicial [...].

La STS 1636/2005, de 31 de marzo (RA 3379), también hace eco de diferentes posturas jurisprudenciales en estos temas:

[...] tenemos que examinar cuál es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, como recordaba la STS 4.4.02 fruto del intento de superación de diversas interpretaciones y de la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscrición 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, asentadas, sobre las siguientes

aseveraciones, en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

- a) que, en primer lugar, 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 esta 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.
- b) 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.
- c) por último, y esto es lo mas 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».

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11 que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del TC que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación con 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 STC 161/99 de 27.9, 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 inculpadoras «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...». Doctrina que constituye un solo cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las STC 81/98, 49/99, 94/99, 154/99, 299/2000, 138/2001.

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9, 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.

En el mismo sentido, la STC 86/95, y también en relación con 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.

También 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 silencio<sup>64</sup>.

En definitiva, puede concluirse que en relación con la prueba de confesión del inculcado esta 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 sus derechos constitucionales, 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 y c) 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

---

64 Idéntica 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, esta Sala de Casación 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.

ser en ese momento donde tales derechos y garantías se desarrollan en la mayor extensión.

Como se afirma en la ya citada STC 161/99:

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.

No se ignora que recientemente se han dictado por esta Sala dos sentencias —28/2003 de 17 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 solo 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. Doctrina semejante pero más modulada se encuentra en la STS 160/2003 de 24 de febrero. En todo caso se trata de una tesis minoritaria dentro de la doctrina de esta Sala y del TC ya citada.

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» (fundamentos jurídicos segundo y tercero).

Es evidente que como se indica en la STS 1203/2002 de 18 de julio (RJ 2002\7997)



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. 11-1 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 inculpativa, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada por la realidad del hallazgo de la droga.

### **3. La excepción de buena fe**

Finalmente, debemos citar la STC 22/2003, de 10 de febrero, en un caso en el que el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, y se halla así un arma de fuego propiedad del acusado, y se decreta la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque esta actuó sin dolo o culpa. Al respecto el TC dijo:

[...] lo que aquí sucede, ya que 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 solo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (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. 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, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar [...].

Esta es la denominada doctrina de la buena fe, que tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana (Caso *León*, de 1984<sup>65</sup>). El ejemplo típico es precisamente el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida (*good faith*), pero que después es declarada nula, y se admite luego la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe.

La excepción de buena fe neutraliza así la aplicación de la regla de exclusión<sup>66</sup>. 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 este «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 [...]»<sup>67</sup>.

Es una doctrina criticable, porque es demasiado amplia, y no queda asegurada la garantía constitucional que se protege con la regla de exclusión.

## V. CONCLUSIONES

Para finalizar, no queda más remedio que concluir que la realidad se impone. Las restricciones actuales en la aplicación de las doctrinas iniciales en materia de prueba prohibida son tan importantes que en el fondo de lo que se está hablando no es de prueba, sino de impunidad, es decir, que no importa tanto que la prueba sea lícita o no, cuanto que se castigue al verdadero culpable. Cuando se ingenian por nuestros más altos tribunales las teorías, por ejemplo, del descubrimiento inevitable o de la buena fe, es porque el tribunal piensa que la sociedad jamás entendería que un criminal, sobre todo si es un salvaje terrorista, un brutal asesino, un despiadado narcotraficante, un inhumano favorecedor de trata de blancas, o un despreciable corruptor de menores, es decir, si estamos ante casos socialmente muy relevantes, fuese puesto en libertad por un «mero tecnicismo» legal.

Pero ello, no empecé a criticar estas restricciones por fundarse en construcciones bastante artificiosas, sin ningún apoyo legal además. Esas excepciones, además de evitar la impunidad, pretenden proteger también a la autoridad pública de investigación frente a posibles fallos que implicarían, de mantenerse las teorías iniciales sobre prueba prohibida, ineludiblemente la absolución del acusado. A ello debe

---

65 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

66 *Miranda Estrampes* 2003: 65.

67 FD 4, pár. IV.

añadirse que ni siquiera, por muy artificial que fuera la construcción, contamos con jurisprudencia dogmática consistente y segura, por tanto en cualquier momento se pueden producir nuevas sorpresas. Es por ello por lo que se puede decir sin ambages que hemos pasado de asumir la prohibición probatoria por sus efectos de disuadir a la policía de actuar contra la ley, y de proteger constitucionalmente los derechos de los ciudadanos imputados o acusados frente al poder intervencionista del Estado en la esfera individual, a puras consideraciones utilitaristas de castigar como sea a quien evidentemente es culpable de un crimen horrendo.

De hecho, en los últimos tiempos, pocas sentencias podemos encontrar en el TC o en el TS españoles, en donde se otorgue el amparo o se case la sentencia por estimar que el proceso es nulo al haberse declarado que una prueba ha sido obtenida ilícitamente.

¿*Quo vadis*, pues, prueba prohibida? Pues la verdad es que no lo sé con exactitud, aunque intuitivamente tengo alguna idea. En cualquier caso, 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 en ella estén lo suficientemente formados y capacitados como para evitar para siempre esos fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas. 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 que es el proceso, para que sirviera mejor y con mayor efectividad en la lucha contra los más execrables delitos y sus despiadados autores.

Pero no solo, pues 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 solo 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 alcanzada.

Entre los primeros casos, es decir, los que provocan nulidad, deberían entrar en primer lugar 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 en segundo lugar a sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física, a la intimidad personal, a la inviolabilidad de su domicilio, y al secreto de comunicaciones, es decir, los derechos fundamentales no procesales o sustantivos. Entrarían en cambio en los segundos casos (anulabilidad por irregularidades procesales), todos los demás.

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 solo con un escueto adverbio, que las pruebas obtenidas del árbol envenenado lo están también en todo caso y sin excepción, siendo utilizables o no en relación con la clasificación anterior.

El paso inicial más importante a dar para evitar males mayores, pues, en el tema de prohibiciones probatorias, sería en mi propuesta intuitiva lograr en primer lugar una formación jurídica adecuada de los órganos de persecución penales, especialmente de la Policía; 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 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 criterio de superioridad 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.